

Vorsorgliche Massnahmen
im Spannungsfeld von Bundesrecht
und kantonalem Zivilprozessrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ALAIN GLOOR
von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

1982

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507219_0007

Vorsorgliche Massnahmen
im Spannungsfeld von Bundesrecht
und kantonalem Zivilprozessrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ALAIN GLOOR
von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 26. Mai 1982

Der Dekan:

Prof. Dr. E. Stark

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 59 der Reihe

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von R. Hauser, A. Kölz und H.U. Walder.



Meiner Mutter und Sabine

Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder danke ich für die Anregung zu diesem Dissertationsthema und für die mir eingeräumte Freiheit bei der Bearbeitung. Besonderen Dank schulde ich meinen Arbeitgebern im Büro Lanz Matti & Scherrer, die mir für die Arbeit die notwendige Zeit gewährten. Wertvolle Hilfe hat mir sodann auch mein Kollege RA Bernhard Cron mit der kritischen Durchsicht des Manuskriptes geleistet. Schliesslich möchte ich auch Frau Annemarie Scherrer danken, die mit höchster Sorgfalt das diktierte Wort in ein lesbares Manuskript verwandelte.

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XVII

§ 1 Einleitung	1
----------------	---

ERSTES KAPITEL

Zweck, Wesen und Wirkung der vorsorglichen Massnahmen

§ 2 Der Zweck vorsorglicher Massnahmen	4
§ 3 Die Unterscheidung von Sicherungs- und Regelungsmassnahmen	19
§ 4 Wesen und Wirkung der vorsorglichen Massnahmen	33
§ 5 Abgrenzungsfragen	42

ZWEITES KAPITEL

Die Interessenlage beim Erlass vorsorglicher Massnahmen

Erster Abschnitt

Sicherungsmassnahmen

§ 6 Der Interessenkonflikt	47
§ 7 Die Milderung des Interessenkonflikts	49

Zweiter Abschnitt und § 8

Der Interessenkonflikt und seine Lösung beim Entscheid über Regelungsmassnahmen	59
--	----

DRITTES KAPITEL

Der "Anspruch" auf Erlass vorsorglicher Massnahmen und seine Voraussetzungen	60
---	----

Erster Abschnitt

Sicherungsmassnahmen

§ 9	Die Sicherungsmassnahmen als ein vom ungeschriebenen Bundesrecht vorgeschriebenes Institut des Zivilprozessrechts	60
§ 10	Die Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen im allgemeinen	70
§ 11	Bundesrechtliche Schranken für das kantonale Verfahren betr. Sicherungsmassnahmen	82

Zweiter Abschnitt

Regelungsmassnahmen

§ 12	Das Bundesprivatrecht als einzige Grundlage für den Erlass von Regelungsmassnahmen	92
------	--	----

VIERTES KAPITEL

Der Inhalt der vorsorglichen Massnahmen

Erster Abschnitt

Sicherungsmassnahmen

§ 13	Kriterien und Schranken für die Inhaltsbestimmung	95
§ 14	Die Inhaltsbestimmung am Beispiel der sogenannten Gendarstellung	119

Zweiter Abschnitt

Regelungsmassnahmen

§ 15	Die Bestimmung des Inhalts gemäss materiellem Recht	128
------	---	-----

FÜNFTES KAPITEL

Das geschriebene Bundeszivilrecht mit Bezug auf vorsorgliche Massnahmen

§ 16	Die Struktur des geschriebenen Bundeszivilrechts mit Bezug auf vorsorgliche Massnahmen	130
§ 17	Ausgewählte Einzelfragen	141

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1	Einleitung	1
	I. Problemstellung	1
	II. Gang der Untersuchung	2
	III. Terminologisches	2

ERSTES KAPITEL

Zweck, Wesen und Wirkung der vorsorglichen Massnahmen

§ 2	Der Zweck vorsorglicher Massnahmen	4
	I. Vorbemerkungen	4
	II. Der staatliche Rechtsschutz im allgemeinen	4
	III. Die dem ordentlichen Rechtsschutzverfahren immanenten Gefahren	6
	1. Die Tatsache des Rechtsstreites	6
	2. Die Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens	6
	IV. Die Aufgabe der vorsorglichen Massnahmen	8
	1. Tragweite der Fragestellung	8
	2. Die Abwehr qualifizierter Nachteile im allgemeinen	8
	Institutioneller Zweck	8
	3. Der funktionelle Zweck	9
	a) Allgemeines	9
	b) Vorsorgliche Massnahmen zur Sicherung der Urteilstvollstreckung	10
	c) Vorsorgliche Massnahmen zur vorläufigen Vollstreckung eines Anspruchs	10
	d) Die sog. Regelungsmassnahmen	11
	4. Vorsorgliche Massnahmen als Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes?	12
	a) Problemstellung	12
	b) Einstweiligkeit und Vorsorglichkeit	13
	c) Vorsorgliche Massnahmen als Rechtsschutzmittel?	14
	aa) Vorsorgliche Massnahmen zur Sicherung der Urteilstvollstreckung	14
	bb) Vorsorgliche Massnahmen zur vorläufigen Vollstreckung	15
	cc) Regelungsmassnahmen	16
	V. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	17
§ 3	Die Unterscheidung von Sicherungs- und Regelungsmassnahmen	19
	I. Vorbemerkungen	19
	II. Die Sicherungsmassnahmen	19
	1. Allgemeines	19
	2. Die Ungewissheit der materiellen Rechtslage beim Erlass von Sicherungsmassnahmen	20
	3. Die abzuwendende Gefahr	21
	a) Die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung	21
	b) Der abzuwendende Nachteil	25
	4. Zusammenfassung	27

III. Die Regelungsmassnahmen	27
1. Allgemeines	27
2. Die abzuwendende Gefahr	28
3. Die Charakterisierung der Regelungsmassnahmen als vorsorgliche Massnahmen	30
4. Zusammenfassung	31
IV. Schlussfolgerungen	31
§ 4 Wesen und Wirkung der vorsorglichen Massnahmen	33
I. Vorbemerkungen	33
II. Die Unterscheidung von materiellem und formellem Recht	33
1. Ausgangslage	33
2. Die Abgrenzungskriterien	33
III. Die formellrechtliche Natur der Sicherungsmassnahme	34
1. Der Zweck der Sicherungsmassnahme als Ausgangspunkt	34
2. Die Sicherungsmassnahme als typische "Vermittlertätigkeit" der Rechtspflegeorgane	35
3. Die Wirkung der Sicherungsmassnahme auf die materielle Rechtslage	38
IV. Die materiell-rechtliche Natur der Regelungsmassnahme	39
V. Die Dringlichkeit als gemeinsames Wesensmerkmal der vorsorglichen Massnahmen	40
VI. Zusammenfassung	41
§ 5 Abgrenzungsfragen	42
I. Die Beweissicherung	42
II. Entzug und Erteilung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels	43
III. Der Besitzerschutz (Art. 927–929 ZGB)	44
IV. Der Arrest (Art. 271 ff. SchKG)	45

ZWEITES KAPITEL

Die Interessenlage beim Erlass vorsorglicher Massnahmen

Erster Abschnitt

Sicherungsmassnahmen

§ 6 Der Interessenkonflikt	47
§ 7 Die Milderung des Interessenkonflikts	49
I. Die Gewährleistung der Raschheit der Entscheidung	49
1. Das summarische Verfahren	49
2. Das Glaubhaftmachen	49
a) Begriff	49
b) Der Grad der Glaubhaftmachung	50
3. Sicherungsmassnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei	51
a) Superprovisorische Massnahmen	51
b) Sog. provisorische Befehle und Verbote gemäss § 224 zürcherische ZPO	52
4. Generelle Verbote als Präventivmassnahme	53

II. Die Gewährleistung der Richtigkeit der Entscheidung	54
1. Allgemeines	54
2. Das Glaubhaftmachen des behaupteten materiellen Anspruches	54
III. Die Eindämmung der Folgen einer unrichtigen Sicherungsmassnahme	55
1. Die Sicherheitsleistung	56
a) Die Sicherheitsleistung des Klägers	56
b) Die Sicherheitsleistung des Beklagten	56
2. Die Haftung des Klägers für unrichtige Sicherungsmassnahmen	56
3. Die Beschränkung des Inhalts der Sicherungsmassnahme	57
4. Die Beschränkung der Geltungsdauer der Sicherungsmassnahme	58

Zweiter Abschnitt und § 8

Der Interessenkonflikt und seine Lösung beim Entscheid über Regelungsmassnahmen	59
--	-----------

DRITTES KAPITEL

Der “Anspruch” auf Erlass vorsorglicher Massnahmen und seine Voraussetzungen

Erster Abschnitt

Sicherungsmassnahmen

§ 9 Die Sicherungsmassnahmen als ein vom ungeschriebenen Bundesrecht vorgeschriebenes Institut des Zivilprozessrechts	60
I. Vorbemerkungen	60
II. Die Quellen des ungeschriebenen Zivilprozessrechtes des Bundes	61
1. Die derogatorische Wirkung des Bundeszivilrechts auf das kantonale Zivilprozessrecht	61
2. Richterliche Rechtsschöpfung durch Lückenfüllung	62
3. Art. 64 Abs. 3 BV	63
III. Der Schutz der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung als fundamentale Anforderung für ein wirksames Rechtsschutzverfahren	63
1. Das materielle Recht als Grundlage der Sicherungsmassnahmen?	64
2. Das formelle Recht als Grundlage der Sicherungsmassnahmen	65
IV. Das Erfordernis eines bundesrechtlichen Rahmens für den Erlass von Sicherungsmassnahmen	68
§ 10 Die Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen im allgemeinen	70
I. Vorbemerkungen	70
II. Die Behauptung eines materiellen Anspruches	70
III. Die Gefährdung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung durch den Beklagten	71
IV. Das überwiegende Interesse des Klägers an der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung	72

1. Allgemeines	72
2. Das Glaubhaftmachen des behaupteten materiellen Anspruches	72
3. Die Wiedergutmachbarkeit der möglichen Folgen einer eventuellen Nichtverwirklichung des behaupteten materiellen Anspruches	73
4. Die sog. offene Verfügung (Exkurs)	75
a) Ausgangslage	76
b) Die offene (interessenabwägende) Verfügung	77
c) Die Verbindung der materiell-akzessorischen und der offenen Verfügung	77
d) Kritische Würdigung der offenen Verfügung	78
V. Zusammenfassung	80
 § 11 Bundesrechtliche Schranken für das kantonale Verfahren betr. Sicherungsmassnahmen	 82
I. Vorbemerkungen	82
II. Sicherungsmassnahmen zum Schutz des unmittelbaren Streitgegenstandes	82
III. Die Sicherheitsleistung	84
1. Die Sicherheitsleistung des Klägers	84
2. Die Sicherheitsleistung des Beklagten	85
IV. Sicherungsmassnahmen ohne Anhörung des Beklagten	86
V. Die Beschränkung der inhaltlichen Ausgestaltung der Sicherungsmassnahmen durch das kantonale Zivilprozessrecht?	86
VI. Die beschränkte Geltungsdauer der Sicherungsmassnahmen	87
VII. Die Haftung des Klägers für ungerechtfertigte Sicherungsmassnahmen	88
1. Die Frage der Widerrechtlichkeit	88
2. Die Frage einer verschärften Haftung des Klägers gemäss kantonalem Zivilprozessrecht	89
VIII. Sicherungsmassnahmen des geschriebenen Bundesrechts	91
 Zweiter Abschnitt	
 Regelungsmassnahmen	
 § 12 Das Bundesprivatrecht als einzige Grundlage für den Erlass von Regelungsmassnahmen	 92
I. Die Regelungsmassnahmen als Institut des Bundesprivatrechtes	92
II. Die Frage der Notwendigkeit der Regelung eines Rechtsverhältnisses	93
III. Die Rolle des kantonalen Zivilprozessrechtes	94

VIERTES KAPITEL

Der Inhalt der vorsorglichen Massnahmen

Erster Abschnitt

Sicherungsmassnahmen

§ 13	Kriterien und Schranken für die Inhaltsbestimmung	95
I.	Ausgangslage	95
1.	Die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes	96
2.	Der behauptete materielle Anspruch als Schranke für die Inhaltsbestimmung	98
3.	Schlussfolgerungen und weiterer Gang der Untersuchung	99
II.	Die inhaltliche Zerteilung der Sicherungsmassnahmen in Gebote und Durchsetzungsanordnungen	100
1.	Gegenstand und Schranken der Gebote	101
a)	Gegenstand	101
b)	Die Beschränkung der möglichen Gebote durch den behaupteten materiellen Anspruch	103
aa)	Grundsatz	103
bb)	Die Anwendung des Grundsatzes auf behauptete obligatorische Ansprüche	104
cc)	Besonderheiten bei Ansprüchen auf eine Geldleistung	106
2.	Anknüpfungspunkt und Schranken der Durchsetzungsanordnungen	108
a)	Der Anknüpfungspunkt der Durchsetzungsanordnungen	108
b)	Die Beschränkung der möglichen Durchsetzungsanordnungen durch den Gegenstand des behaupteten materiellen Anspruches	110
3.	Zusammenfassung	111
III.	Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit	112
1.	Vorbemerkungen	112
2.	Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im allgemeinen	112
a)	Das Gebot der Geeignetheit	113
b)	Das Gebot der Erforderlichkeit	113
c)	Das Gebot der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn	113
3.	Zur Frage der Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes auf Sicherungsmassnahmen	113
4.	Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz als inhaltliche Schranke der Sicherungsmassnahmen	115
a)	Anwendung auf die Gebote	115
b)	Anwendung auf die Durchsetzungsanordnungen	116
IV.	Der Parteiantrag	116
1.	Die Anforderungen an den Parteiantrag	117
2.	Zur Frage der Bindung des Richters an den Parteiantrag	117
§ 14	Die Inhaltsbestimmung am Beispiel der sog. Gegendarstellung	119
I.	Vorbemerkungen	119
II.	Begriff und Zweck der Gegendarstellung	119
1.	Begriff	119
2.	Der Zweck der Gegendarstellung	120
III.	Die Gegendarstellung als Gegenstand eines materiellen Anspruches	121

IV. Die Gegendarstellung als Gegenstand einer Sicherungsmassnahme	123
1. Die Anspruchsgrundlagen	123
2. Die Gegendarstellung als Inhalt einer Sicherungsmassnahme	124
V. Schlussbemerkungen	125

Zweiter Abschnitt

Regelungsmassnahmen

§ 15 Die Bestimmung des Inhalts gemäss materiellem Recht	128
--	-----

FÜNFTES KAPITEL

Das geschriebene Bundeszivilrecht mit Bezug auf vorsorgliche Massnahmen

§ 16 Die Struktur des geschriebenen Bundeszivilrechts mit Bezug auf vorsorgliche Massnahmen	130
I. Vorbemerkungen	130
II. Regelungsmassnahmen oder Sicherungsmassnahmen? Bedeutung der Unterscheidung	130
III. Der Erlass von Regelungs- und Sicherungsmassnahmen gestützt auf die gleiche bundesrechtliche Vorschrift	131
1. Das Verhältnis der allgemeinen Regeln zum geschriebenen Bundesrecht im allgemeinen	132
2. Besonderheiten für die Voraussetzungen	132
3. Besonderheiten für den Inhalt	133
IV. Ausdrückliches Bundesrecht mit Bezug auf Sicherungsmassnahmen	133
1. Besonderheiten für die Voraussetzungen	134
a) Art. 282 und 283 ZGB	134
b) Die Sicherungsmassnahmen des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts	135
2. Besonderheiten für den Inhalt	135
a) Art. 282 und 283 ZGB	135
b) Art. 565 Abs. 2 OR	136
c) Art. 32 Abs. 2 HRV	136
d) Art. 960 und 961 ZGB	138
e) Die Sicherungsmassnahmen des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts	139
§ 17 Ausgewählte Einzelfragen	141
I. Sicherungsmassnahmen und Grundbuchrecht	141
1. Vorbemerkungen	141
2. Die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen zur Sicherung streitiger Ansprüche (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)	142
a) Begriff	142
b) Die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung als Durchsetzungsanordnung	142

3. Die Vormerkung von vorläufigen Eintragungen zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)	144
a) Begriff	144
b) Die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung als Durchsetzungsanordnung	144
c) Besonderheiten der bundesrechtlichen Regelung	145
4. Die sogenannte Grundbuchsperr	147
a) Begriff	147
b) Die Grundbuchsperr als Durchsetzungsanordnung	148
c) Zur Frage der Zulässigkeit der Grundbuchsperr	149
II. Grundbuchsperrn zur Sicherung der Ersatzforderung und des Vorschlagsanteils der Ehefrau gestützt auf Art. 145 ZGB	155
1. Ausgangslage und Problemstellung	155
2. Lösungsvorschlag	156
III. Die Sicherungsmassnahmen des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts	159
1. Allgemeines	159
2. Die Sicherungsmassnahmen im PatG, UWG, KG und URG	160
a) Zweck	160
b) Voraussetzungen	161
c) Inhalt	164
d) Der Anwendungsbereich für das kantonale Zivilprozessrecht	165
3. Die Sicherungsmassnahmen des MMG und MSchG	165
a) Ausgangslage	165
b) Voraussetzungen	165
c) Inhalt	166
d) Der Anwendungsbereich für das kantonale Zivilprozessrecht	166
IV. Zur Frage des sog. materiellen Zwischenrechts	166
1. Begriff	166
2. Kritische Würdigung	167

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichtes
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BV	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (mit seitherigen Änderungen)
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (mit seitherigen Änderungen)
Diss.	Dissertation
dZPO	Zivilprozessordnung der Bundesrepublik Deutschland vom 30. Januar 1877, in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950 (mit seitherigen Änderungen)
f. (ff.)	und folgende Seite(n)
GBVO	Verordnung des Bundesrates betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910 (mit seitherigen Änderungen)
gem.	gemäss
HRV	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937 (mit seitherigen Änderungen)
i.e.S.	im engeren Sinne
IGR	Immaterialgüterrecht
JT	Journal des Tribunaux
KG	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 (mit seitherigen Änderungen)
m.a.W.	mit andern Worten
m.E.	meines Erachtens
MMG	Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900 (mit seitherigen Änderungen)
MSchG	Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. September 1890 (mit seitherigen Änderungen)
N	Note(n)
N.F.	Neue Folge
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (mit seitherigen Änderungen)
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (mit seitherigen Änderungen)
PatG	Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (mit seitherigen Änderungen)
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (mit seitherigen Änderungen)
SHZ	Schweizerische Handelszeitung
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (mit seitherigen Änderungen)

u.ä.	und ähnlich(e) (es)
URG	Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922 (mit seitherigen Änderungen)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943 (mit seitherigen Änderungen)
vgl.	vergleiche
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (mit seitherigen Änderungen)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB .	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (mit seitherigen Änderungen)
Ziff.	Ziffer(n)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPR	Zivilprozessrecht
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

LITERATURVERZEICHNIS

Sofern nichts anderes vermerkt ist, werden die nachfolgenden Arbeiten mit dem Familiennamen des Autors und der Seitenzahl zitiert.

Werden Gesetzesartikel ohne Hinweis auf ein Gesetz zitiert, handelt es sich jeweils um eine Zivilprozessordnung.

- Amonn Kurt
 Baur Ernst W.
 (zit. Baur, Verfahren)
 Baur Fritz
 (zit. Baur, Studien)
 Blum Rudolf/Pedrazzini Mario
 Brüggenthaler Guido
 Bruns Rudolf
 Burckhardt Walther
 (zit. Burckhardt, Kommentar)
 – (zit. Burckhardt, Organisation)
 Büren Bruno, von
 Coninx Hans H.
 Curti Beat
 David Heinrich
 Dütz Wilhelm
 Englert Christian
 Etter Ernst
 Fleiner F./Giacometti Z.
 Frank Richard
 Fritzsche Hans
 Graner Paul
 Grossen Jacques-Michel
 Gschwend Willy
 Guldener Max
 (zit. Guldener, Zivilprozess-
 recht)
 –
 – (zit. Guldener, Bundesprivat-
 recht)
- Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1980.
 Das summarische Verfahren nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1927.
 Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 20, Tübingen 1967.
 Das schweizerische Patentrecht, 3 Bde., 2. A., Bern 1975.
 Die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung appellabler Zivilurteile, Diss. Zürich 1932.
 Zivilprozessrecht, 2. A., München 1979.
 Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. A., Bern 1931.
 Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. A., Zürich 1944.
 Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957.
 Pionier mit einer Gegendarstellungscharta, SHZ Nr. 32 vom 6. August 1981, S. 20.
 Selbstverständliches Entgegenkommen, SHZ Nr. 32, vom 6. August 1981, S. 20.
 Kommentar zum schweizerischen Markenschutzgesetz, 2. A., Basel/Stuttgart 1960. Mit Supplement David L., Basel/Stuttgart 1974.
 Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht. Zum sachlichen Umfang der Zivilgerichtsbarkeit. Berlin/Zürich 1970.
 Materiellrechtlich begründete Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 77 PatG, SJZ 66 (1970) 369 ff.
 Die vorsorglichen Massregeln im Ehescheidungs- und Ehetrennungsprozess nach Art. 145 ZGB, Diss. Zürich 1933.
 Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, Nachdruck 1969.
 Die Gefährdung zivilrechtlicher Ansprüche durch kantonales Prozessrecht, SJZ 63 (1967) S. 249, 269.
 Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bde. I und II, 2. A., Zürich 1968.
 Die einstweiligen Verfügungen nach bernischem Zivilprozess, Diss. Bern 1932.
 Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Das Recht der Einzelperson, Basel 1967.
 Das Befehlsverfahren in der st. gallischen Zivilprozessordnung von 1939, Diss. Bern 1943.
 Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979.
 Das schweizerische Zivilprozessrecht, 2 Bde., Zürich 1948.
 Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 80 II 1 ff.

XVIII

- Gygi Fritz
(zit. Gygi, Verwaltungsrechtspflege)
- Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2. A., Bern 1974
-
- Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl. 77 (1976) 1 ff.
- Hablützel Emil
- Verhältnis der Besitzschutzklagen zum Rechtsschutz in ausserordentlichen prozessualen Verfahren, Diss. Zürich 1947.
- Habscheid Walther
- Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozessrecht, SJZ 74 (1978) S. 201, 219.
- Hasenböhler Franz
- Die provisorische Verfügung nach basellandschaftlichem Zivilprozessrecht, BJM 1976, S. 1 ff.
- Haubensak Urs
- Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Bd. 14, Zürich 1975.
- Hausamann Peter
- Immer auch den anderen anhören, SHZ Nr. 32 vom 6. August 1981, S. 23.
- Hinderling Hans
- Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 3. A., Zürich 1967. Zusatzband Zürich 1981.
- Hochuli Willy
- Verfügungsbeschränkung und Kanzleisperre, ZBGR 48 (1967) 129 ff.
- Homberger A.
- Zürcher Kommentar zum ZGB, Das Sachenrecht, 3. Abt., Besitz und Grundbuch, Art. 919–977, 2. A., Zürich 1938.
- Hüssy Hanswerner
- Das summarische Verfahren nach aargauischem Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1956.
- Huth Max Werner
- Die vorsorgliche Verfügung nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, Diss. Basel 1974 (Maschinenschrift).
- Imboden Max/Rhinow René
- Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, 2 Bde., 5. A., Basel und Stuttgart 1976.
- Jaccard Pierre
- Les Mesures Provisionnelles, Etude de Procédure Civile Vaudoise, Diss. Lausanne 1925.
- Jäggi Peter
- Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 1960, Bd. II, 255a ff.
- (zit. Jäggi, Persönlichkeit)
- Grundfragen der Privatrechtsentwicklung, in Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich 1976.
- (zit. Jäggi, Grundfragen)
- Privatrecht und Staat, in Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich 1976.
- (zit. Jäggi, Privatrecht und Staat)
- Privatrecht und Staat, in Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich 1976.
- Jauernig Othmar
- Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZP 79 (1966) S. 321.
- Kehl Robert
- Das "summarische rechtliche Gehör", SJZ 74 (1978) S. 49.
- Kopp Hans W.
- Persönlichkeit und Presse, in NZZ Nr. 272 vom 22./23. November 1975, S. 33.
- Kummer Max
- Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. A., Bern 1978.
- (zit. Kummer, Grundriss)
- Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Abhandl. zum schweizerischen Recht, NF, 311. Heft, Bern 1954.
- (zit. Kummer, Klagerecht)
- Der zivilprozessrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechtes, ZbJV 103 (1967) S. 106.
- (zit. Kummer, Persönlichkeitsschutz)
- Die Veräusserung des Streitobjektes während des Prozesses im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1945.
- Kupfer Hans
- Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht, Diss. Zürich 1975.
- Landmann Valentin
- Persönlichkeitsschutz und Massenmedien, NZZ Nr. 149 vom 30. Juni/1. Juli 1979, S. 37.
- Larese Wolfgang
- Grundbuchsperrn nach kantonalem Prozessrecht, SJZ 23 (1927) 209 ff.
- Leemann Hans
- (zit. Leemann, Grundbuchsperrn)

- Leemann Silvia Verena
(zit. Leemann, Vormerkung) Die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1937.
- Leipold Dieter
(zit. Leipold, Grundlagen) Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Münchner Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Bd. 21, München 1971.
- (zit. Leipold, Strukturfragen) Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes, ZJP 90 (1977) S. 258.
- Leuch Georg Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar, 3. A., Bern 1956.
- Liver Peter Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1959, ZbJV 76 (1960) S. 450.
- Lüchinger Adolf Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit und die Massenmedien, SJZ 70 (1974), S. 321 ff.
- Ludwig Peter Endentscheid, Zwischenentscheid und Letztinstanzlichkeit im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, ZbJV 110 (1974) S. 161.
- Martin-Achard Edmond Le procès en matière de propriété intellectuelle, Genf 1964.
- Matile Jacques Les mesures provisionnelles ordonnant l'exécution et la garantie d'obligations de "donner", JT 105 (1957) III, S. 98 ff.
- Matti Hans Zivilprozessrecht, in Die Handelshochschule, Bd. 4, Kap. VII, Bern 1938.
- Meier-Hayoz Arthur Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I, 1. Abt., Einleitung: Art. 1–10 ZGB, Bern 1962.
- Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Sachenrecht, 1. Abt. Das Eigentum, 1. Teilband Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, Bern 1966.
- Meier Isaak Iura novit curia, Diss. Zürich 1975.
- (zit. Meier, Iura)
- (zit. Meier, Schuldbetreibung) Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bd. 2, Zürich 1977.
- Meier Rolf Das summarische Verfahren nach schaffhausischem Recht unter Berücksichtigung des Entwurfs zu einer neuen ZPO, Diss. Zürich 1948.
- (zit. Meier, Schaffhausen)
- Meister Christian P. Vorsorgliche Massnahmen bei immobilisarsachenrechtlichen Streitigkeiten, Diessenhofen 1977.
- Meng Franz Joseph Die vorsorgliche Verfügung nach aargauischer Zivilprozess- und Handelsgerichtsordnung, Diss. Basel 1971.
- Merz Hans Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Ehrverletzungen und verwandte Beeinträchtigungen durch die Druckerpresse, SJZ 67 (1971) S. 65 ff. und 85 ff.
- Meyer-Wild Vorsorgliche Massnahmen zum Schutz gegen unzulässigen Wettbewerb, SJZ 30 (1933/34) S. 177 ff.
- Ming Hans Peter Die vorsorglichen Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Diss. Zürich 1969.
- Minnerop Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, Köln, Berlin, Bonn, München 1973.
- Müller Hans Eugen Zur Frage der Grundbuchsperre im geltenden schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1942.
- (zit. Müller, Grundbuchsperre)
- Muller Pierre Le principe de la proportionnalité, ZSR 69 (1978) II 197 ff.
- (zit. Muller, Principe)
- Müller Thietmar Die Grenzen der einstweiligen Verfügungen, Diss. Halle 1935.
- (zit. Müller, Grenzen)
- Neue Zürcher Zeitung Der Einzelne und die Medien, NZZ Nr. 100 vom 2./3. Mai 1981, S. 35.

- Nicklisch Fritz
Verbandsmacht und einstweiliger Rechtsschutz, Schriftenreihe zum Vereins- und Verbandsrecht, Bd. 2, Berlin 1974.
- Pastor Wilhelm L.
Der Wettbewerbsprozess, 2. A., Köln, Berlin, Bonn, München 1973.
- Piehler Klaus
Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 99, Frankfurt a.M. 1980.
- Rehbinder Manfred
Schweizerisches Presserecht, Bern 1975.
- Reinert Walter
Das summarische Verfahren nach solothurnischem Recht, Diss. Bern 1951.
- Riemer Hans Michael
Zur Frage der Zulässigkeit von Grundbuchsperrern, ZBGR 57 (1976) S. 65 ff.
- Riklin Franz
Das Gegendarstellungsrecht bei Radio und Fernsehen, ZSR 87 (1968) I, S. 179 ff.
(zit. Riklin, Gegendarstellungsrecht)
- (zit. Riklin, NZZ)
Realistische Lösung oder Unfug?, NZZ Nr. 9 vom 13. Januar 1976, S. 29.
- Salis Peter, von
Probleme des Suspensiveffektes von Rechtsmitteln im Zivilprozess und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. Zürich 1980.
- Schneider Thomas
Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden, Diss. Zürich 1959.
- Schumacher Rainer
Die Presseäusserung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, Freiburg i. Ue. 1960.
- Schweizer Peter Alexander
Der Schutz der Rechtsverwirklichung im angelsächsischen Rechtskreis, Diss. Zürich 1973.
- Sieben Alexander
Über summarische Zivilprozessverfahren im geltenden schweizerischen Recht, München 1950.
- Siegwart Alfred
Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 4. Teil Die Personengesellschaften (Art. 530–619 OR), Zürich 1938.
- Sormani Hans
Die einstweilige Verfügung in der Zivilprozessordnung des Kantons Luzern, Diss. Bern 1947.
- Stamm Walter
Das Institut der vorsorglichen Massnahme im zürcherischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1943.
- Stark Emil W.
Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Sachenrecht, 3. Abt. Besitz und Grundbuch, 1. Teilband Der Besitz, Art. 916–941 ZGB, Bern 1976.
- Steiger Fritz, von
Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. A., Zürich 1970.
(zit. von Steiger, AG)
- (zit. von Steiger, HRV)
Vorsorgliche Verfügungen in Handelsregistersachen, SJZ 68 (1972) S. 121.
- Steiner E.
Inwieweit kann die Eintragung eines Generalversammlungsbeschlusses durch vorsorgliche Verfügung verhindert werden?, SAG 13 (1940/41) S. 14.
(zit. Steiner, Eintragung)
- (zit. Steiner, Wettbewerb)
Vorsorgliche Verfügungen gegen unlauteren Wettbewerb, SJZ 30 (1933/34) S. 26 ff.
- Sträuli Hans
Kantonale rechtliche Grundbuchsperrung als vorsorgliche Massnahme im Zivilprozess, ZSR 90 (1971) I, S. 417 ff.
- Sträuli Hans/Hauser Willy
Gesetze über die zürcherische Rechtspflege, Bd. II: Gesetz betr. den Zivilprozess vom 13. April 1913, 2. A., Zürich 1939.
- Sträuli Hans/Messmer Georg/
Wiget Felix
Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, Zürich 1976.
(zit. Sträuli/Messmer)
- Thouvenin André
Die bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 29, Zürich 1978.

- Troller Alois
(zit. Troller, Immaterialgüterrecht)
- (zit. Troller, Schadenersatzpflicht)
- Troller Alois/Troller Patrick
(zit. Troller, Kurzlehrbuch)
- Tuhr Andreas, von/Peter Hans
- Tuor Peter/Picenoni Vito
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard
- Uebe Klaus
- Ulrich Conrad
- Vogel Oskar
- Voyame Joseph
- Walder Hans Ulrich
(zit. Walder, Handbuch)
-
- (zit. Walder, Fall Rey)
- Wiederkehr Arthur
- Wolffers Arthur
- Ziegler Walter
- Zimmerli Ulrich
- Immaterialgüterrecht, Bd. I und II, Basel/Stuttgart 1971.
- Die Schadenersatzpflicht wegen unbegründeter vorsorglicher Massnahmen, SJZ 43 (1947) S. 22.
- Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, Basel 1981.
- Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1. Bd., 3. A., Zürich 1974.
- Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Abt., Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 2. A., Bern 1966.
- Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. A., Zürich 1975.
- Die Vorwegnahme der Endentscheidung durch einstweilige Verfügung, Diss. Freiburg i.Br. 1971.
- Interkantonale Rechtshilfe für vorsorgliche Massnahmen, Diss. Zürich 1955.
- Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 76 (1980) S. 89 ff.
- Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, ZSR 80 II S. 67 ff.
- Der neue Zürcher Zivilprozess, 2. A., Zürich 1979.
- Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966.
- Prozessuales zum Fall Rey c. "Tat", SJZ 73 (1977) S. 281.
- Die vorläufige Eintragung im Grundbuch nach schweizerischem ZGB, Diss. Zürich 1932.
- Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, ZbJV 113 (1977) S. 297 ff.
- Die vorsorgliche Massnahme in der Zivilprozessgesetzgebung der schweizerischen Kantone, Diss. Zürich 1944.
- Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 97 (1978) II S. 1 ff.

§ 1 Einleitung

I. Problemstellung

Vorsorgliche Massnahmen haben an Bedeutung und Häufigkeit nicht nur beträchtlich zugenommen, sie sind auch zum Gegenstand intensiver Auseinandersetzungen in der Öffentlichkeit und in Fachkreisen geworden. Schlagzeilen wie “Rey c. TAT”, “Wille c. Meyenburg” und “SKA c. TAT” erregten die Gemüter und entfachten die Diskussion um Sinn und Berechtigung des Gegendarstellungsrechts. Aber auch vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Streitigkeiten im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht finden mehr und mehr ihren Weg in die Tagespresse. Erinnert sei lediglich an das Verkaufsverbot für Piz Buin-Produkte und an die Fälle “Juvena c. Pickpay”, “Hoffroche c. Dumex AG” sowie “Polaroid Inc. c. Eastman Kodak”.

Auch in der Rechtslehre finden die vorsorglichen Massnahmen erhöhte Beachtung, wobei eine zunehmende Polarisierung der Meinungen zwischen Lehre und Rechtsprechung festzustellen ist. So lehnte es z.B. *Walder* im Zusammenhang mit dem Fall Rey ab, die Anordnung einer Gegendarstellung als vorsorgliche Massnahme zur vorläufigen Urteilssicherung zu betrachten. Stattdessen postulierte er, dass es sich dabei um den Vollzug eines materiellrechtlichen Anspruchs handelte¹. Gleichwohl konnte die Zeitung “Züri-Leu”², nachdem sie einen Antrag auf Publikation einer Gegendarstellung erfolgreich abgewehrt hatte, ihren Lesern berichten, dass das Bezirksgericht Zürich ein selbständiges materielles Recht auf Gegendarstellung verneint habe. Noch weiter als Walder geht in jüngster Zeit *Vogel*, der ganz allgemein die vorsorglichen Massnahmen im materiellen Bundesrecht verankert sieht³. Demgegenüber betrachtet das Bundesgericht gemäss seiner ständigen Praxis die vorsorglichen Massnahmen grundsätzlich als eine Angelegenheit des kantonalen Prozessrechtes⁴.

Der Stand der heutigen Diskussion rückt somit zwei Hauptfragen in den Vordergrund. Erstens: Wozu dient der Erlass vorsorglicher Massnahmen letztlich? Liegt allen vorsorglichen Massnahmen ein gemeinsamer Zweck zugrunde? Und zweitens: Welchen Einfluss üben die beiden Rechtsgebiete Bundesrecht und kantonales Zivilprozessrecht auf den Erlass und die inhaltliche Ausgestaltung vorsorglicher Massnahmen aus?

Der Grund, weshalb bis heute noch keine befriedigende Antwort auf diese Fragen gefunden wurde, liegt vorwiegend darin, dass die vorsorglichen Massnahmen jeweils nur im engen Rahmen der kantonalen Zivilprozessordnungen untersucht wurden. Die vorliegende Arbeit will deshalb versuchen, die erwähnten Probleme mit einer gesamthaften Betrachtungsweise anzugehen.

1 Walder, Fall Rey, S. 282.

2 Züri-Leu vom 12. Mai 1978, S. 25.

3 Vogel, S. 93.

4 Vgl. etwa BGE 88 II 278.

II. Gang der Untersuchung

Die Tatsache, dass vorsorgliche Massnahmen sowohl in Bundesgesetzen als auch in den kantonalen Zivilprozessordnungen geregelt sind, wird zunächst ausser acht gelassen. Dies hat zur Folge, dass die Vielfalt der Erscheinungen, die theoretisch als vorsorgliche Massnahmen angesprochen werden könnten, auf ihre gemeinsamen Zwecke und Wesenszüge hin untersucht werden müssen. Erstes Ziel ist somit die klare Umschreibung des eigentlichen Untersuchungsobjektes. Hernach ist dieses gegenüber anderen Instituten abzugrenzen (1. Kapitel). Nach einer kurzen Darstellung der Interessenlage beim Erlass vorsorglicher Massnahmen (2. Kapitel) werden sodann deren Voraussetzungen (3. Kapitel) und die Regeln für die inhaltliche Ausgestaltung zu erarbeiten sein (4. Kapitel). Einige besondere aktuelle Probleme wie Gegendarstellung und Grundbuchsperrung werden in geeignetem Zusammenhang speziell behandelt. Schliesslich werden die gewonnenen Erkenntnisse auf einige ausgewählte vorsorgliche Massnahmen, die im Bundesrecht ausdrücklich geregelt sind, anzuwenden sein (5. Kapitel).

Einschränkend ist beizufügen, dass nur vorsorgliche Massnahmen im Rahmen des Zivil- bzw. Zivilprozessrechtes behandelt werden, und auf Details des Verfahrens nicht eingegangen wird.

III. Terminologisches

Der Begriff "vorsorgliche Massnahme", der im weiteren Verlauf dieser Arbeit verwendet werden soll, ist kein allgemein anerkannter und einheitlich verwendeter Terminus technicus. Daneben finden sich Ausdrücke wie "vorsorgliche oder einstweilige Verfügung", "vorsorgliche Massregel", "vorsorgliche Bestimmung", "vorläufige Anordnung" u.ä. Welche dieser Wendungen gewählt werden soll, ist von untergeordneter Bedeutung. Immerhin ist es unverkennbar, dass die Vielfalt der Bezeichnungen und nicht zuletzt auch die sprachliche Vieldeutigkeit des Begriffes "vorsorgliche Massnahme" zu unerwünschten Resultaten führt. So werden z.B. einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Beweismitteln zuweilen als vorsorgliche Massnahmen bezeichnet⁵, obwohl diese beiden Institute in den meisten Zivilprozessordnungen völlig getrennt behandelt werden^{6,7}. Schliesslich sollte auch zur Vermeidung unnötiger Unklarheiten der Begriff "Verfügung" mit demjenigen der "Massnahme" nicht gleichgesetzt werden. Als Verfügungen werden im Zivilprozess gemeinhin die Entscheidungen des Einzelrichters bezeichnet, die sich keineswegs auf den Erlass vorsorglicher Massnahmen beschränken. Andererseits werden vorsorgliche Massnahmen

⁵ So z.B. BGE 88 II 276.

⁶ Für Zürich vgl. ZPO 110, 222 Ziff. 3 und 231.

⁷ Vgl. auch Thouvenin, S. 155, der auch den Besitz- und Eheschutz zu den vorsorglichen Massnahmen zählt. Vgl. zu dieser Frage unten S. 44 ff. und 27 ff.

auch durch Richterkollegien erlassen, was in der Form des Beschlusses geschieht. Mit dem Begriff "einstweilige Verfügung" wird somit zum Ausdruck gebracht, dass die einzelrichterliche Anordnung nicht definitiv ist; Gegenstand der Verfügung ist eine vorsorgliche Massnahme.

Schliesslich ist noch in terminologischer Hinsicht zu bemerken, dass für die Bezeichnung der Parteien im Massnahmeverfahren nachfolgend die Ausdrücke Kläger und Beklagter gebraucht werden. Dabei ist aber zu beachten, dass die Kläger- und Beklagtenrolle nicht notwendigerweise mit derjenigen im ordentlichen Prozess übereinstimmt.

I. KAPITEL

Zweck, Wesen und Wirkung der vorsorglichen Massnahmen

§ 2 *Der Zweck vorsorglicher Massnahmen*

I. Vorbemerkungen

Die Kontroverse um die Frage, ob die vorsorglichen Massnahmen vom Bundesprivatrecht oder vom kantonalen Zivilprozessrecht beherrscht werden, hat ihren Ursprung im Zweck, den man dem Erlass vorsorglicher Massnahmen zuschreibt.

Schon 1948 hat *Guldener* festgestellt¹, dass vorsorgliche Massnahmen einen vorläufigen Rechtsschutz für materielle Ansprüche, die im Bundesrecht begründet sind, gewähren soll. Es sei deshalb, wie bei der Gewährung endgültigen Rechtsschutzes, eine Frage des materiellen Bundesrechts, inwiefern die Kantone materielle Rechte schon vorläufig schützen dürfen. Demgegenüber hat sich die Rechtsprechung beharrlich auf den Standpunkt gestellt, die vorsorglichen Massnahmen bezweckten lediglich eine provisorische Regelung des Streitverhältnisses, um dem Kläger eine spätere Urteilsvollstreckung zu sichern. Es soll verhindert werden, dass der Beklagte bis zum Abschluss des Hauptverfahrens dem Kläger nicht oder nur schwer wiedergutmachbare Nachteile zufügen kann. Die vorsorglichen Massnahmen seien deshalb grundsätzlich eine Frage des kantonalen Zivilprozessrechts.

Angesichts dieser weit auseinanderliegenden Standpunkte lässt sich eine Lösung zu diesem Problem nur dann finden, wenn die Frage nach dem Sinn und Zweck des Institutes "vorsorgliche Massnahmen" erneut und unvoreingenommen gestellt wird. Dabei ist es unumgänglich, sich die Grundsätze des staatlichen Rechtsschutzes im System des Zivilrechtes zu vergegenwärtigen.

II. Der staatliche Rechtsschutz im allgemeinen

Im Interesse einer geordneten und gerechten Konfliktlösung schliesst unsere Rechtsordnung die Selbsthilfe (OR 52 Abs. 3) bis auf wenige Ausnahmen aus. Die Aufgabe des Rechtsschutzes wird vielmehr von den staatlichen Organen übernommen, die durch die Verwirklichung subjektiver Privatrechte die Bewährung des objektiven Rechtes gewährleisten².

¹ Guldener, Das Schweizerische Zivilprozessrecht, Bd. 1, Zürich 1948, S. 324.

² Dütz, S. 9.

Wenn man von der freiwilligen Gerichtsbarkeit absieht, besteht eine Notwendigkeit für staatliches Eingreifen in der Regel erst dann, wenn zwischen den Privatrechtssubjekten ein Streit um ihre Rechte herrscht. In diesem Fall haben die staatlichen Rechtsschutzorgane zwei Aufgaben wahrzunehmen³:

Zunächst ist in einem Erkenntnisverfahren, dem Zivilprozess, die materielle Rechtslage festzustellen. Dabei hat der Richter die generell-abstrakten Zivilrechtsnormen auf den konkreten Einzelfall anzuwenden und in seinem Entscheid autoritativ festzustellen, welche der streitenden Parteien recht hat⁴. Dieser Entscheid ist, nachdem ein allfälliges Rechtsmittelverfahren durchgeführt worden ist, materiell und formell rechtskräftig und damit endgültig⁵. Entgegen der vielfach geäusserten Ansicht⁶ ist aber m.E. mit Abschluss des Zivilprozesses das materielle Recht noch nicht notwendigerweise verwirklicht, sind die geltend gemachten subjektiven Rechte als solche noch nicht unbedingt geschützt. Geschützt werden allenfalls die Rechtsbegehren des Klägers und zwar insofern, als sie das Gericht gutheisst. Ob dagegen das materielle Recht dadurch verwirklicht ist, hängt vom Gegenstand des Urteils ab.

Handelt es sich um ein Gestaltungsurteil, führt dieses ohne weiteres die Änderung der Rechtslage herbei, ohne dass es hiezu noch besonderer Schritte bedürfte. Der Abschluss des Zivilprozesses bedeutet gleichzeitig auch die Verwirklichung des materiellen Rechtes. Ein Feststellungsurteil dagegen klärt zwar die Rechtslage, gewährleistet aber als solches noch nicht, dass dieser auch nachgelebt wird. Die Rechte einer Partei können auch nach einem Sieg im Feststellungsprozess verletzt werden. Das Feststellungsurteil führt somit noch nicht zur Rechtsverwirklichung, sondern lediglich zur Rechtserkenntnis. Ähnlich verhält es sich mit einem Leistungsurteil. Wird der Beklagte zu einer (positiven oder negativen) Leistung verpflichtet, so ist dadurch der klägerische Anspruch noch nicht verwirklicht. Er kann erst dann als geschützt betrachtet werden, wenn der Kläger im Besitze der Leistung ist. Erst dann ist der Begriff *Rechtsschutz* am Platz. Vorher besteht stets die Möglichkeit der Nichtverwirklichung. Zum staatlichen Rechtsschutz gehört deshalb als zweite Aufgabe die Zwangsvollstreckung, die die Durchsetzung des rechtmässigen Zustandes bewirkt, falls dieser nicht freiwillig hergestellt wird⁷. Schliesslich ist noch hervorzuheben, dass auch ein die Rechtsbegehren des Klägers ablehnendes Urteil Rechte schützt, und zwar diejenigen des Beklagten. Ein solches Urteil bringt zum Ausdruck, dass ein Eingriff in die Rechtssphäre des Beklagten seitens des Klägers ungerechtfertigt ist. Insofern kann hier also von einer Verwirklichung der materiellrechtlichen Interessen des Beklagten gesprochen werden.

Für den weiteren Gang der Arbeit wird der Begriff "Rechtsschutz" im Sinne der materiell und formell rechtskräftigen Verwirklichung subjektiver Privatrechte mit

3 Burckardt, Organisation, S. 68; Haubensak, S. 1; Schweizer, S. 18.

4 Guldener, Zivilprozessrecht, S. 30, 50, 156; Haubensak, S. 1; Thouvenin, S. 153.

5 Guldener, Zivilprozessrecht, S. 361; Kummer, Klagerecht, S. 15.

6 Kummer, Klagerecht, S. 1; Matti, S. 1020; Hasenböhler, S. 13; Leipold, Grundlagen, S. 83.

7 Haubensak, S. 1; Burckardt, Organisation, S. 270: "Es genügt nicht, bestimmt zu haben, was rechtens ist, man muss es auch durchsetzen."

Hilfe der staatlichen Rechtspflegeorgane verstanden. Hievon zu unterscheiden ist das Verfahren, das zu dieser Verwirklichung führt. Es dient dazu, derjenigen Partei, welche gemäss dem materiellen Recht als die "Berechtigte" erscheint, zur endgültigen Rechtsverwirklichung zu verhelfen. Es umfasst deshalb nicht nur den Zivilprozess, sondern allenfalls auch das Zwangsvollstreckungsverfahren. Um die Endgültigkeit der Rechtsverwirklichung besser hervorzuheben, werden alle Verfahren, die hiezu führen, nachfolgend "ordentliche Rechtsschutzverfahren" genannt⁸.

III. Die dem ordentlichen Rechtsschutzverfahren immanenten Gefahren

1. Die Tatsache des Rechtsstreites

Es liegt im Wesen eines jeden Rechtsstreites, dass sich die beteiligten Parteien in ihren Interessen verletzt fühlen. Jede Partei ist der subjektiven Ansicht, das Verhalten der Gegenpartei verletze ihre Rechte, womit ihr ein (vermeintlicher) Nachteil drohe. Diese Situation führt denn auch regelmässig zur Anrufung der Gerichte, wodurch das ordentliche Rechtsschutzverfahren in Gang gesetzt wird. Festzuhalten ist also, dass allein die Tatsache des Rechtsstreites eine wenn auch nur behauptete und deshalb subjektiv empfundene Gefahr für eine rechtsuchende Partei darstellt.

2. Die Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens

Werden durch die Tatsache des Rechtsstreites die Verhaltensnormen des materiellen Rechtes gewissermassen aufgeweicht⁹, so wird dieser Zustand durch die notwendig lange Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens zusätzlich verlängert. Ginge es einzig nach dem Willen des Klägers, so würde er sich am liebsten unverzüglich "sein Recht" verschaffen. Er ist indessen gezwungen, den Rechtsweg zu beschreiten, um die Verwirklichung seines (zunächst nur behaupteten) Rechts zu erlangen. Der Zeitbedarf für das ordentliche Rechtsschutzverfahren ergibt sich zwangsläufig aus seinem Ziel, mit einer gewissen Sicherheit die wahre Rechtslage zu ermitteln. Insbesondere die Zusammenstellung des Tatsachenmaterials und dessen Beweis sowie die Möglichkeit, verschiedene Rechtsmittel zu ergreifen, haben zur Folge, dass Zivilprozesse mit einer Dauer von bis zu fünf Jahren und mehr keine Seltenheit sind¹⁰. Dar-

⁸ Dazu gehören also auch jene summarischen Verfahren, die zu einer endgültigen Erledigung eines Rechtsstreites führen, wie z.B. in Zürich das Befehlsverfahren zur Handhabung klaren Rechts (222 Ziff. 2; Sträuli/Messmer, N 4/5 zu 212).

⁹ Hasenböhler, S. 5.

¹⁰ "Und diese Justiz krankt, seit Erfindung des schriftlichen Verfahrens durch Jahrhunderte fortgeschleppt und mit der Revolution des 'Ablichtens' um nichts gemildert, am Erbübel des

aus folgt, dass einer eventuellen Rechtsverletzung die Rechtsverwirklichung nicht auf dem Fuss folgen kann¹¹. Es liegt auf der Hand, dass die subjektiv befürchteten Gefahren, eine Spanne möglichen Unrechts¹², tatsächlich eintreten können, wenn man unterstellt, dass der Kläger später definitiven Rechtsschutz erhalten wird. Was der Kläger im Einzelfall befürchtet, hängt jeweils davon ab, was Gegenstand des Streites ist. Macht der Kläger einen Anspruch geltend, kann sich der Beklagte bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens derart verhalten, dass die Durchsetzung des Anspruchs entweder unmöglich, erschwert, oder praktisch nutzlos wird¹³. Unmöglich wird eine Durchsetzung dann, wenn der Beklagte den Leistungsgegenstand unwiederbringlich beiseite schafft. Der Beklagte kann aber auch Vorkehrungen treffen, die den Kläger zu neuen Prozessen zwingen und damit eine neue Verzögerung der Rechtsverwirklichung herbeiführen. Nutzlos ist der ordentliche Rechtsschutz dann, wenn die Verwirklichung des Anspruchs für den Kläger nur während eines bestimmten Zeitraumes von Interesse ist und ein schützendes Urteil zu spät käme. Ein Anspruch kann sodann auch dadurch ausgehöhlt werden, dass seine ständige Verletzung bis zur Gewährung des definitiven Rechtsschutzes so grossen Schaden anrichtet, dass Ansprüche auf Schadenersatz nur ungenügende Wiedergutmachung bedeuten würden.

Die Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens kann sich aber auch auf andere Weise nachteilig auf die Interessen der beteiligten Streitparteien auswirken. Besteht zwischen ihnen nämlich ein ganzes Geflecht von Rechten und Pflichten und wird auch nur um einzelne Aspekte dieses Rechtsverhältnisses gestritten, so kommt es nicht selten vor, dass die gesamte, im übrigen unbestrittene Ordnung zwischen den Parteien ins Wanken gerät. Der Streit um Einzelaspekte zerstört oftmals den unerlässlichen Willen, in bezug auf die Lösung anderer Fragen Hand zu bieten, sei es aus purer Animosität, sei es aus ehrlicher Unkenntnis der Rechtslage. Hält man sich als Beispiele eine zerrüttete Ehe, eine Erbgemeinschaft oder ein Gesellschaftsverhältnis vor Augen, so ist es klar, dass bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens chaotische Zustände entstehen können.

Zusammenfassend kann man also festhalten, dass die notwendig lange Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens es grundsätzlich möglich macht, dass ein Streit, zu dessen Beilegung die staatlichen Organe berufen sind, sich zunächst ungehemmt fortentwickeln kann. Dieser Faktor Zeit stellt für diejenige Partei, die die Verwirklichung ihrer Rechte anstrebt, eine objektive Gefahr dar¹⁴, für deren Beseitigung sie ein dringendes Bedürfnis hat¹⁵. Vor diesem Hintergrund ist die Aufgabe der vorsorglichen Massnahmen zu sehen. Sie wollen Nachteile verhindern, die sich aus der Eigenart der staatlichen Rechtshilfe ergeben können¹⁶.

bedächtigen Ganges." Kummer, Rede anlässlich der Patentierung von Fürsprechern im Rathaus zu Bern am 18. November 1977, in ZbJV 113 (1977) S. 561.

11 Ziegler, S. 15.

12 Ziegler, S. 4.

13 Guldener, Zivilprozessrecht, S. 578.

14 Kummer, Grundriss, S. 267; Hasenböhler, S. 14/15.

15 Ziegler, S. 5; Jaccard, S. 38.

16 Hablützel, S. 84.

IV. Die Aufgabe der vorsorglichen Massnahmen

1. Tragweite der Fragestellung

Wie einleitend zu diesen Paragraphen (oben I) bereits festgestellt wurde, kommt der präzisen Erfassung des Zwecks der vorsorglichen Massnahmen eine zentrale Rolle zu, um das Problem der Zuordnung der vorsorglichen Massnahmen zum materiellen Bundesrecht oder kantonalen Zivilprozessrecht *de lege lata* zu lösen. Nachfolgend sind deshalb zunächst die in der bisherigen Lehre und Rechtsprechung vorzufindenden Zweckumschreibungen darzustellen (2. und 3.) und hernach kritisch zu würdigen (4.).

2. Die Abwehr qualifizierter Nachteile im allgemeinen Institutioneller Zweck

Der institutionelle Zweck umschreibt die beabsichtigte Wirkung, die mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen ganz allgemein erzielt werden soll. Er bezeichnet also die Aufgabe der vorsorglichen Massnahmen als Institut des staatlichen Rechtsschutzes. Davon zu unterscheiden ist der anschliessend zu behandelnde funktionelle Zweck der vorsorglichen Massnahmen¹⁷.

Die Betrachtungen über die subjektiven und objektiven Gefahren des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens legen den institutionellen Zweck der vorsorglichen Massnahmen nahe: Sie sollen den Kläger vor schweren oder doch schwer wiedergutmachbaren Nachteilen schützen¹⁸, die er durch die Verletzung seiner subjektiven Privatrechte durch den Beklagten während des Rechtsstreites erleiden würde, falls nicht sofort eine geeignete Vorkehrung getroffen wird. Die vorsorgliche Massnahme hat somit Präventivfunktion¹⁹ im Hinblick auf die Beendigung des Rechtsstreites im ordentlichen Rechtsschutzverfahren²⁰.

Diese weite Zweckumschreibung ist schon seit jeher von Lehre und Rechtsprechung anerkannt und hat auch ihren Niederschlag in zahlreichen einschlägigen Gesetzen gefunden. Rund die Hälfte aller Kantone hat eine Umschreibung des institutionellen Zwecks der vorsorglichen Massnahmen in ihre Zivilprozessordnungen aufgenommen²¹.

17 Vgl. unten 3.

18 BGE 36 I 268 spricht von "ungerechtfertigten Nachteilen".

19 Hasenböhler, S. 3/4; Sormani, S. 20.

20 Gschwend, S. 66; BGE 97 I 486.

21 Aargau 245 Ziff. 2, Appenzell-Innerrhoden 247 Ziff. 3, Basel-Land 240, Basel-Stadt 259 Abs. 2, Freiburg 367 lit. b, Luzern 351, Neuenburg 95, Nidwalden 194, Obwalden 343 lit. c, Schwyz 176 Ziff. 3, Waadt 101 lit. c, Wallis 345, Zürich 110 und 222 Ziff. 3 und dazu Sträuli/Messmer, N 15 zu 110 und N 23 zu 222, sowie auch PatG 77 Abs. 2, UWG 9 Abs. 2 und URG 53 Ziff. 1.

Obwohl recht verbreitet, sagt die Umschreibung des institutionellen Zwecks der vorsorglichen Massnahmen wenig aus. Soll nämlich die Zweckumschreibung Anhaltspunkt dafür sein, was für Massnahmen im Einzelfall zu erlassen sind und unter welchen Voraussetzungen, so ist der Begriff "Nachteil" viel zu weit. Oft wird zwar gesagt, dass der Nachteil infolge der Änderung des Streitgegenstandes²² oder ganz allgemein des "status quo"²³ durch den Beklagten eintreten würde, doch können sich die Ereignisse während des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens in mannigfaltiger Art und Weise zu Ungunsten des Klägers entwickeln, je nach dem Anspruch, den er geltend macht: Der Ehemann erfüllt während der pendenten Scheidungsklage seine Unterhaltspflichten nicht mehr; der beklagte Besitzer einer beweglichen Sache, die der Kläger zu Eigentum herausverlangt, steht im Begriffe, diese an einen Dritten zu verkaufen; der Konkurrent, der in patentverletzender Weise ein Produkt herstellt und vertreibt, entzieht dem aus dem Patent berechtigten Kläger mehr und mehr Marktanteile; ein Verwaltungsrat engagiert seine Gesellschaft in riskanten Geschäften, obwohl die Auflösungsklage anhängig ist. In all diesen Fällen drohen für den Kläger (und zum Teil auch für Drittpersonen) schwer wiedergutmachbare Nachteile, die durch vorsorgliche Massnahmen verhindert werden können.

3. Der funktionelle Zweck

a) Allgemeines

Angesichts der beschränkten Aussagekraft der institutionellen Zweckumschreibung ist es nicht verwunderlich, dass sich die Mehrheit der schweizerischen Autoren auf die Erfassung der vorsorglichen Massnahmen gemäss ihrer konkreten Funktion im Einzelfall, d.h. ihrer jeweiligen inhaltlichen Ausgestaltung, konzentriert. Ein enger Zusammenhang zwischen institutionellem und funktionellem Zweck besteht insofern, als letzterer der Erreichung des ersteren dient.

Die nachfolgende Gliederung stützt sich auf die traditionelle Dreiteilung der vorsorglichen Massnahmen in solche, die zur Sicherung der Urteilsvollstreckung, solche, die der vorläufigen Vollstreckung und solche, die der einstweiligen Regelung eines Rechtsverhältnisses dienen²⁴.

22 Hasenböhler, S. 5; Baur, S. 100.

23 Ulrich, S. 11.

24 Vgl. neuerdings auch Vogel, S. 90, der der Sache nach dieselbe Einteilung benützt, wenn auch mit anderen Namen.

b) Vorsorgliche Massnahmen zur Sicherung der Urteilsvollstreckung

Die Sicherung der Urteilsvollstreckung ist gewissermassen die klassische Aufgabe der vorsorglichen Massnahme. Sie gewährleistet, dass der Kläger seinen behaupteten Anspruch, falls er den Hauptprozess gewinnt, realiter durchzusetzen vermag²⁵. Es soll also verhindert werden, dass der Beklagte während der Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens über den Gegenstand des klägerischen Leistungsanspruches verfügt ohne jedoch den Kläger in den vorzeitigen Genuss der Leistung gelangen zu lassen²⁶. Diese vorsorglichen Massnahmen verbieten deshalb dem Beklagten regelmässig, den Streitgegenstand faktisch oder rechtlich zu ändern, d.h. ganz allgemein die tatsächliche und/oder rechtliche Lage bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens zu Ungunsten des Klägers zu manipulieren^{27,28}. Die vorsorglichen Massnahmen zur Sicherung der künftigen Urteilsvollstreckung sind somit konservatorischer Natur²⁹.

c) Vorsorgliche Massnahmen zur vorläufigen Vollstreckung eines Anspruchs

Traditioneller Ansicht zufolge sind vorsorgliche Massnahmen ein Institut des Prozessrechtes, aus dem sich auch ihr Sinn und Zweck ergibt³⁰. Daraus wurde gefolgert, dass ausschliesslich Massnahmen zur Sicherung der Urteilsvollstreckung zulässig seien. Insbesondere wurde es als unzulässig betrachtet, den klägerischen Anspruch schon vor dem endgültigen Urteil mittels vorsorglicher Massnahmen zu befriedigen³¹. Heute wird aber von der Lehre allgemein anerkannt, dass bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens dem Kläger Nachteile entstehen können, die unter Umständen eine vorläufige Vollstreckung seines Anspruchs notwendig machen³². Der Anwendungsbereich solcher vorsorglicher Massnahmen liegt vorwiegend bei streitigen Unterlassungsansprüchen. Kann nämlich der Beklagte bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens ungehindert einen Unterlassungsanspruch des Klägers verletzen oder eine bereits erfolgte Verletzung wiederholen, so

25 Guldener, Zivilprozessrecht, S. 575; Walder, Handbuch, S. 361; Hasenböhler, S. 5; Huth, S. 1; Meng, S. 1; von Salis, S. 4; Jaccard, S. 37; Sieben, S. 52; ZR 68, 105.

26 Kummer, Grundriss, S. 265; Leuch, N 3 zu 326; Voyame, S. 165; ZR 77, 50.

27 Sträuli/Hauser, N. 2 zu 131; Sträuli/Messmer, N. 19 zu 110; Ulrich, S. 17; Graner, S. 10, 21; Stamm, S. 11, 21; ZR 27, 193; 11, 176; 10, 6.

28 Die kantonalen Zivilprozessordnungen erwähnen in der Regel nicht ausdrücklich die Funktion der Urteilssicherung, sondern beschränken sich darauf, vorsorgliche Massnahmen zur Aufrechterhaltung des tatsächlichen oder bestehenden Zustandes der Streitsache vorzusehen; vgl. z.B. Aargau 245 Ziff. 2, Appenzell-Innerrhoden 247 Ziff. 3, Bern 326 Ziff. 1, Graubünden 67, Schaffhausen 297 Ziff. 2, Solothurn 355 lit. b, Uri 242 lit. b, Waadt 101 lit. b, Zug 129 Ziff. 4.

29 Ulrich, S. 15; Graner, S. 10; ZR 47, 4.

30 Ziegler, S. 1.

31 Vgl. statt vieler Sträuli/Hauser, N 2 zu 131; Stamm, S. 42/43.

32 Guldener, Zivilprozessrecht, S. 575; Huth, S. 1; Sieben, S. 52; Graner, S. 10.

würde der Kläger trotz Obsiegens im Hauptprozess vor vollendete Schadenstatsachen gestellt³³. Sein Sieg könnte sich insofern als illusorisch erweisen, als sein Interesse an der Realerfüllung seines Unterlassungsanspruches in keinem Verhältnis mehr steht zum Umfang des bereits entstandenen Schadens. Durch die vorläufige Vollstreckung soll die Entstehung solchen Schadens verhindert oder, wenn er schon eingetreten ist, wenigstens eingedämmt werden³⁴. Sie schützt somit vor Nachteilen, die nur durch rasche Erfüllung eines gefährdeten Anspruches verhindert werden können³⁵. Diese wichtige Aufgabe der vorsorglichen Massnahme wurde schon frühzeitig für den Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts postuliert. Da, wie erwähnt, die vorläufige Vollstreckung durch vorsorgliche Massnahmen in den kantonalen Zivilprozessordnungen für unzulässig betrachtet wurde, unternahm es der Bundesgesetzgeber, die sogenannte vorläufige Vollstreckung in seinen Spezialgesetzen ausdrücklich für erlaubt zu erklären³⁶. Der alte Gegensatz zwischen Urteilssicherung und vorläufiger Vollstreckung von Unterlassungsansprüchen kann heute als überwunden gelten. Im Gegensatz zur Sicherung von Unterlassungsansprüchen wird aber die vorläufige Vollstreckung von Leistungsansprüchen als Zweck vorsorglicher Massnahmen abgelehnt, weil der Gegenstand einer positiven Leistung des Beklagten auch gesichert werden kann, ohne dass der Kläger bereits in den Genuss der Leistung versetzt zu werden braucht. Während die Verletzung eines Unterlassungsanspruches nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, kann eine positive Leistung auch in einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden, sofern nur der Leistungsgegenstand noch vorhanden ist³⁷.

d) Die sog. Regelungsmassnahmen

Ein dritter nach der Funktion zu unterscheidender Zweck der vorsorglichen Massnahmen wird in der einstweiligen Regelung eines zwischen den Parteien streitigen Rechtsverhältnisses gesehen. Sie sollen dafür sorgen, dass bei Prozessen über Rechtsverhältnisse, die mit tiefgreifenden Rechtswirkungen verbunden sind, bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens eine vorläufige Friedensordnung, ein *modus vivendi*, geschaffen wird³⁸. Es fällt auf, dass diese Zweckumschreibung wesentlich weniger präzise und fassbar ist als diejenigen bei den beiden vorerwähnten Gruppen vorsorglicher Massnahmen. Dies rührt zum einen davon, dass das Wort "Regelung" im Grunde genommen auch für die vorsorglichen Massnahmen zur Sicherung der Urteilsvollstreckung und zur vorläufigen Vollstreckung streitiger Ansprüche

33 Meng, S. 1.

34 ZR 52, 140.

35 Leuch, N 3 zu 326.

36 Vgl. PatG 77 Abs. 1 und UWG 9 Abs. 1 sowie ZR 52, 140 und BGE 56 II 318.

37 Beachte aber Art. 283 ZGB, der die vorläufige Vollstreckung eines Leistungsanspruches ausdrücklich zulässt. Vgl. dazu unten S. 134 f. und 135.

38 Guldener, Zivilprozessrecht, S. 576; Walder, Handbuch, S. 363; Stamm, S. 11; von Salis, S. 4; Etter, S. 5; Baur, Studien, S. 29.

zutrifft. Auch diese Massnahmen regeln das streitige Rechtsverhältnis bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens. Die Ungenauigkeit des Ausdrucks ist aber auch darauf zurückzuführen, dass den meisten Autoren bei der Beschreibung der Regelungsmassnahmen als Hauptbeispiel wohl diejenigen gestützt auf Art. 145 ZGB vorschweben. Diese Gesetzesbestimmung gestattet bekanntlich, bei penderter Scheidungs- oder Trennungsklage eine umfassende Neuordnung der ehelichen Verhältnisse vorzunehmen. Zu regeln sind dabei u.a. die Benutzung der ehelichen Wohnung, der Unterhalt des einen oder anderen Ehegatten, die Versorgung der Kinder und die güterrechtlichen Verhältnisse. Es ist zwar verständlich, dass angesichts dieser weitgehenden Befugnisse des Richters von Regelungs- oder Friedensmassnahmen gesprochen wird, doch kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Neuordnung jeweils aus einem ganzen Bündel von Einzelmassnahmen besteht, welche ihrerseits die blosser Sicherung von Ansprüchen, deren antizipierte Vollstreckung oder aber die Schaffung gänzlich neuer Ansprüche zum Inhalt haben³⁹. Es wird denn auch vereinzelt hervorgehoben, dass sich die Regelungsmassnahmen nicht scharf von den beiden anderen Gruppen vorsorglicher Massnahmen trennen lassen⁴⁰.

4. Vorsorgliche Massnahmen als Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes?

a) Problemstellung

Der Ausdruck "einstweiliger oder vorläufiger Rechtsschutz" wird oft verwendet⁴¹, sei es synonym mit "vorsorgliche Massnahmen"⁴², sei es, um eine besondere Art von Rechtsschutz hervorzuheben⁴³. Eine genaue Definition des Begriffes fehlt aber regelmässig.

Eine synonyme Verwendung von "vorsorgliche Massnahme" und "einstweiliger Rechtsschutz" ist m.E. abzulehnen, da die Ausdrücke schon rein sprachlich verschiedene Vorstellungen wecken. "Vorsorgliche Massnahme" bezeichnet eine bestimmte Anordnung, während "einstweiliger Rechtsschutz" eine bestimmte Wirkung dieser Anordnung zum Ausdruck bringt.

Andererseits wird zwar oft postuliert, dass vorsorgliche Massnahmen einstweiligen Rechtsschutz bezwecken⁴⁴, und es kann dies auch nicht ernstlich in Zweifel ge-

39 Letzteres ist dann der Fall, wenn sich die Grundlagen, auf denen das Rechtsverhältnis ursprünglich beruhte, derart verändert haben, dass der Richter eine gänzlich neue Ordnung der gegenseitigen Rechte und Pflichten schaffen muss. So ist beispielsweise für die Dauer des Scheidungsprozesses die Obhut über die Kinder getrennt lebender Ehegatten und das entsprechende Besuchsrecht zu regeln.

40 Vogel, S. 90 Anm. 4; Meng, S. 43/44.

41 Vgl. z.B. BGE 103 II 123; 97 II 185; 63 II 400; ZR 77, 91; 55, 72; 30, 25.

42 So Vogel, S. 89.

43 Leipold, Strukturfragen, S. 260, geht sogar soweit, den einstweiligen Rechtsschutz als einen Ersatz für den ordentlichen Rechtsschutz zu betrachten.

44 Walder, Handbuch, S. 262; Ziegler, S. 5.

zogen werden. Doch fragt sich, inwiefern sie Rechtsschutz bieten. Denn versteht man unter Rechtsschutz die Verwirklichung subjektiver Privatrechte⁴⁵, so ist ohne weiteres klar, dass z.B. vorsorgliche Massnahmen zur Urteilssicherung dieses Ziel nicht unmittelbar vor Augen haben⁴⁶.

Sodann ist auch zu untersuchen, inwiefern die getroffene Vorsorge lediglich einstweilig, d.h. zeitlich beschränkt ist.

Es sei vorweggenommen, dass die Verknüpfung des Begriffs "einstweiliger Rechtsschutz" mit dem Institut der vorsorglichen Massnahme wesentlich dazu beigetragen hat, eine dogmatisch klare Erfassung der letzteren zu verhindern. Es geht im folgenden nicht darum, den Begriff "einstweiliger Rechtsschutz" dogmatisch neu einzuordnen, doch kann eine begriffliche Gegenüberstellung von einstweiligem Rechtsschutz und vorsorglichen Massnahmen das bessere Verständnis des Zweckes der vorsorglichen Massnahmen fördern.

b) Einstweiligkeit und Vorsorglichkeit

Die "Vorsorglichkeit" der erlassenen Massnahmen bringt zum Ausdruck, dass im Hinblick auf und in Erwartung von späteren, negativen Ereignissen Vorkehrungen zu treffen sind. Es soll damit einer unerwünschten künftigen Entwicklung vorgebeugt werden.

Demgegenüber besagt das Wort "einstweilen", dass der Rechtsschutz nur während einer gewissen Zeitspanne wirksam ist. Dieser Zeitraum bestimmt sich nach herkömmlicher Auffassung nach der Länge des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens⁴⁷. Dies ist sicher richtig für die vorsorglichen Massnahmen zur Sicherung der Urteilsvollstreckung und jenen zur vorläufigen Vollstreckung von Ansprüchen, denn diese werden ja im Hinblick auf die endgültige Beurteilung subjektiver Privatrechte erlassen. Hingegen ist, wie anschliessend zu zeigen sein wird, das ordentliche Rechtsschutzverfahren als Massstab für die Einstweiligkeit der Regelungsmassnahmen zu eng. Zwar spricht die herrschende Lehre jeweils nur dann von Regelungsmassnahmen, wenn sie in Zusammenhang mit einem ordentlichen Rechtsschutzverfahren stehen⁴⁸, doch kann und sollte der Begriff der Regelungsmassnahme weiter gefasst werden⁴⁹. Vorläufig genügt es zu sagen, dass Regelungsmassnahmen nur solange vorsorglichen Rechtsschutz bieten, als dies nach den jeweiligen Umständen nötig ist.

45 Vgl. oben S. 5 f.

46 Vgl. auch Bern 336 Ziff. 3, Solothurn 255 lit. d, Zug 129 Ziff. 3, die alle von der *Sicherung von Rechtsansprüchen* sprechen.

47 Vgl. z.B. Hüsey, S. 105; BGE 88 I 14; SJZ 67 (1971) S. 142.

48 Vgl. oben S. 11.

49 Vgl. dazu unten S. 27 ff.

c) Vorsorgliche Massnahmen als Rechtsschutzmittel?

Bei der Suche nach einer Antwort auf diese Frage, hat man sich auf die Bedeutung des Begriffes "Rechtsschutz" zu besinnen. Wie oben dargelegt (II), bedeutet Rechtsschutz die endgültige Verwirklichung subjektiver Privatrechte. Die Aufgabe eines einstweiligen Rechtsschutzes wäre es demnach, eine solche Verwirklichung nur vorläufig herbeizuführen. Es ist deshalb zu untersuchen, inwiefern dieses Ziel mit den oben beschriebenen drei Funktionen der vorsorglichen Massnahmen, die bisher in Lehre und Rechtsprechung unterschieden wurden, in Einklang steht.

aa) Vorsorgliche Massnahmen zur Sicherung der Urteilsvollstreckung

Vorsorgliche Massnahmen zur Sicherung der Urteilsvollstreckung bezwecken ein späteres, für den Kläger positives Urteil durchsetzbar zu erhalten⁵⁰. Unmittelbarer Zweck im Zeitpunkt des Erlasses ist also nicht die sofortige, sondern die Sicherung der späteren (eventuellen) Verwirklichung. Dem könnte allerdings entgegengehalten werden, eine Verunmöglichung der späteren Urteilsvollstreckung durch das Verhalten des Beklagten während des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens würde die Rechte des Klägers verletzen und ihn auf Schadenersatzansprüche verweisen; die Verhinderung einer solchen Verletzung durch vorsorgliche Massnahmen bedeute deshalb die, wenn auch provisorische, Verwirklichung der klägerischen Rechte. Diese Argumentation beruht auf einem Trugschluss infolge unsauberer Verwendung des Begriffes "subjektives Recht". Die Vollstreckung eines Urteils kann logischerweise nur dann gefährdet sein, wenn der Kläger vom Beklagten eine (positive oder negative) Leistung verlangt. Gegenstand des Urteils ist somit ein materieller Anspruch des Klägers. Der Begriff "Anspruch" bezeichnet das Recht des Klägers, vom Beklagten die Leistung zu verlangen⁵¹, und ist als solcher von seinem Rechtsgrund, z.B. dem Eigentum, der Forderung, dem Recht aus dem Patent usw., zu unterscheiden. Wird demnach z.B. durch eine Beschlagnahme verhindert, dass der Herausgabeanspruch des Eigentümers einer beweglichen Sache durch Verfügungen des Beklagten ins Leere stösst, so wird damit zwar die spätere Vollstreckung des *Anspruchs gesichert*, der Anspruch selbst aber noch *nicht verwirklicht*. *Geschützt* wird allerdings durch eine solche vorsorgliche Massnahme das Eigentumsrecht des Klägers, aus dem sich der Anspruch ableitet. Dieses wird insofern "verwirklicht", als es während des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens nicht verletzt werden kann.

Diese Differenzierung zwingt somit zu folgendem Schluss: Die Umschreibung des Zwecks der vorsorglichen Massnahme als *Sicherung der Urteilsvollstreckung* knüpft am behaupteten materiellen Anspruch an und bezeichnet die inhaltliche Wirkung der vorsorglichen Massnahme im Hinblick auf das ordentliche Rechtsschutzverfah-

⁵⁰ ZR 77, 50.

⁵¹ von Tuhr/Peter, S. 15.

ren. Die Umschreibung des Zwecks als *einstweiliger Rechtsschutz* knüpft am Rechtsgrund an, auf dem der Anspruch beruht. Die beiden Zweckumschreibungen enthalten somit verschiedene Aussagen. Die Sicherung der Urteilsvollstreckung ist der unmittelbare, der einstweilige Schutz der materiellen Rechtsgrundlage dagegen nur der mittelbare Zweck der vorsorglichen Massnahme. Zu beachten ist aber, dass sowohl unmittelbarer wie auch mittelbarer Zweck voraussetzen, der Kläger werde im ordentlichen Rechtsschutzverfahren obsiegen.

bb) Vorsorgliche Massnahmen zur vorläufigen Vollstreckung

Diese Gruppe vorsorglicher Massnahmen scheint, wenigstens auf den ersten Blick, eine vorläufige Rechtsverwirklichung herbeizuführen. Bei näherer Betrachtung erweist sich aber diese Feststellung als falsch.

Zunächst ist hervorzuheben, dass grundsätzlich nur die vorläufige Vollstreckung von Unterlassungsansprüchen als zulässig betrachtet wird⁵². Es liegt aber in der Natur der Unterlassungsansprüche, dass sie, werden sie einmal verletzt, nicht mehr naturaliter zu verwirklichen sind⁵³. Eine einmal erfolgte Handlung des Beklagten lässt sich nicht mehr ungeschehen machen. Die Verwirklichung eines Unterlassungsanspruches lässt sich deshalb nur dadurch sichern, dass jene Handlungen, die Gegenstand des Anspruches sind, verhindert werden⁵⁴. Die vorläufige Vollstreckung ist somit lediglich *der Effekt* der Sicherung des Anspruches. Lehre und Rechtsprechung betonen denn auch, dass die vorläufige Verwirklichung des Unterlassungsanspruches nicht im Vordergrund stehe. Vielmehr soll durch die vorsorgliche Massnahme erreicht werden, "dass ein präsumtiv rechtmässiger Zustand nicht eigenmächtig gestört werden kann"⁵⁵.

Daraus sind wiederum zwei Schlussfolgerungen zu ziehen: Verwirklichung und damit Rechtsschutz gewährt die vorsorgliche Massnahme dem "präsumtiv rechtmässigen Zustand". Dieser entspricht aber nichts anderem als dem *materiellen Recht*, aus dem sich der Unterlassungsanspruch herleitet. Es wird demnach insofern *verwirklicht*, als seine Verletzung verhindert wird. Beim Verbot einer Presseäusserung wird also z.B. die Unversehrtheit des Persönlichkeitsrechts durchgesetzt. Betrachtet man aber den Zweck der vorsorglichen Massnahme vom Unterlassungsanspruch aus, so bewirkt sie lediglich die *Sicherung* seiner späteren endgültigen Verwirklichung.

Damit gelangt man zum gleichen Ergebnis wie schon bei den vorsorglichen Massnahmen zur Sicherung der Urteilsvollstreckung. Die sog. vorläufige Vollstreckung eines Unterlassungsanspruches bezweckt in Tat und Wahrheit unmittelbar nur die Sicherung der späteren (eventuellen) endgültigen Verwirklichung. Mittelbar wird aber damit die materielle Rechtsgrundlage, auf der der Anspruch beruht, einstwei-

52 Vgl. oben S. 10 f.

53 Hasenböhler, S. 23; Haubensak, S. 58.

54 Müller, Grenzen, S. 92/93; Sieben, S. 52.

55 Guldener, Zivilprozessrecht, S. 576 Anm. 8; Walder, Handbuch, S. 361; ZR 71, 105.

len geschützt. Sodann wird auch hier jeweils vorausgesetzt, dass der Zweck der vorsorglichen Massnahme nur dann erreicht werden kann, wenn der Kläger im späteren ordentlichen Rechtsschutzverfahren obsiegen wird.

cc) Regelungsmassnahmen

Auf die Regelungsmassnahmen sind die vorhergehenden Gedanken schwieriger anzuwenden, weil sie gemäss herrschender Lehre mehrere Funktionen erfüllen, dies aber in bezug auf ein ganzes *Rechtsverhältnis*⁵⁶. Soweit sie die vorläufige Vollstreckung oder die Urteilssicherung bezwecken, ist auf das oben Gesagte zu verweisen. Es gilt aber zu beachten, dass in diesen Fällen der unmittelbare Zweck die Aufgabe der vorsorglichen Massnahmen *im Hinblick auf die Durchführung* des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens umschreibt, nämlich die Sicherung der Durchsetzung eines vorerst nur *behaupteten* Anspruchs. Insofern ist die Regelungsfunktion der vorsorglichen Massnahme relativiert durch die erneute und definitive Beurteilung des *gleichen* Anspruchs in einem zweiten Verfahren⁵⁷. Es fragt sich nun, ob eine solche erneute Beurteilung im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen stets erfolgt. Ist dem nämlich nicht so, könnte in gewissen Fällen nicht mehr zwischen mittelbarem und unmittelbarem Zweck der vorsorglichen Massnahme unterschieden werden; die Sicherung der späteren Rechtsverwirklichung fiel weg. Als einziger Zweck der vorsorglichen Massnahme verbliebe dann, dem Kläger unmittelbaren Rechtsschutz zu gewähren. Eine solche vorsorgliche Massnahme wäre gewissermassen "autonom", das Resultat demjenigen des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens ähnlich. – Ein Beispiel möge belegen, dass es solche vorsorgliche Massnahmen tatsächlich gibt: Der Ehemann wird gestützt auf Art. 145 ZGB verpflichtet, seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau (Art. 170 Abs. 2 ZGB) während der Dauer des Scheidungsprozesses eine bestimmte Geldsumme an den Lebensunterhalt zu bezahlen. Dieser Anspruch der Ehefrau ergibt sich aus der Pflicht des Ehemannes, während der Ehe "für den Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise Sorge zu tragen" (Art. 160 Abs. 2 ZGB)⁵⁸. Der Scheidungsprozess dreht sich aber um die Frage, ob die Ehe der Parteien aufzulösen sei, und wie die Nebenfolgen zu regeln sind. Die erwähnte vorsorgliche Anordnung für die Dauer des Scheidungsprozesses kommt dagegen im Hauptverfahren nicht mehr zur Sprache. Ein allfälliger Unterhaltsanspruch der Ehefrau nach Auflösung der Ehe könnte sich logischerweise nicht mehr auf die ehelichen Unterstützungspflichten des Gatten stützen; er stützt sich vielmehr auf die Bestimmungen der Art. 151 ff. ZGB.

Das Beispiel macht deutlich, dass solche Regelungsmassnahmen dem ordentlichen Rechtsschutz nahe kommen. Gleichwohl sind sie aber nicht mit diesem gleichzu-

⁵⁶ Vgl. oben S. 11 f.

⁵⁷ In gleichem Sinne Huth, S. 4.

⁵⁸ Hinderling, S. 196.

setzen. Der durch sie gewährte Rechtsschutz ist nämlich nur solange wirksam, bis das Schicksal des streitigen Rechtsverhältnisses (in unserem Beispiel die Ehe der Parteien) endgültig feststeht; insofern ist der Rechtsschutz nur einstweilig. Diese Regelungsmassnahmen zeichnen sich aber gegenüber den beiden vorerwähnten Gruppen vorsorglicher Massnahmen dadurch aus, dass sie nicht im Hinblick auf die erneute Beurteilung der ihnen zugrunde liegenden subjektiven Privatrechte erlassen werden.

V. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Der Streit um subjektive Privatrechte einerseits und die daraus folgende Notwendigkeit, eine Konfliktlösung mit Hilfe der staatlichen Rechtspflegeorgane herbeizuführen andererseits, setzen den Rahmen für die Aufgaben der vorsorglichen Massnahmen. Sie sollen verhindern, dass derjenigen Streitpartei, die gemäss der (ausserprozessual gedachten) materiellen Rechtslage als die berechnete erscheint, Nachteile entstehen, welche ihr durch die Gegenpartei bis zur Beilegung des Rechtsstreites zugefügt werden könnten. Insofern bezwecken die vorsorglichen Massnahmen die Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz.

Diese Rechtsschutzfunktion ist aber dann relativiert, wenn ein der vorsorglichen Massnahme zugrunde liegender materieller Anspruch in einem ordentlichen Rechtsschutzverfahren noch definitiv zu beurteilen ist. In diesen Fällen bezwecken die vorsorglichen Massnahmen unmittelbar nur, diesen Anspruch im Hinblick auf das spätere Verfahren zu sichern und ihn somit für durchsetzbar zu erhalten. Mittelbar schützen sie damit aber auch den Rechtsgrund, auf dem der Anspruch beruht; die Vereitelung der Anspruchsverwirklichung durch den Beklagten bedeutet nämlich immer auch die Verletzung des ihm zugrunde liegenden Rechtes.

Entfällt dagegen die Durchführung eines ordentlichen Rechtsschutzverfahrens bezüglich der im Massnahmeverfahren behaupteten klägerischen Rechte bleibt auch für eine Sicherungsfunktion der vorsorglichen Massnahmen kein Raum. Einziger und unmittelbarer Zweck ist es, dem Kläger Rechtsschutz im Sinne der Rechtsverwirklichung zu gewähren, wenn auch nur für einen beschränkten Zeitraum.

Die sich aufdrängende Unterscheidung von mittelbarem und unmittelbarem Zweck erweckt Zweifel an der Richtigkeit der bisher üblichen Einteilung der vorsorglichen Massnahmen in solche zur Sicherung der Urteilsvollstreckung, solche zur vorläufigen Vollstreckung und solche zur vorläufigen Regelung von Rechtsverhältnissen. Sowohl bei der Sicherung der Urteilsvollstreckung als auch bei der vorläufigen Vollstreckung verfolgen die vorsorglichen Massnahmen unmittelbar einen Sicherungszweck. Die Tatsache, dass vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit streitigen Unterlassungsansprüchen im Effekt auf eine vorläufige Vollstreckung hinauslaufen, beruht nicht auf einem besonderen "Vollstreckungszweck", sondern ergibt sich aus der besonderen Natur der Unterlassungsansprüche. Damit besteht aber

kein plausibler Grund, bei der Zweckumschreibung diese beiden Gruppen zu unterscheiden.

Die Umschreibung der Regelungsmassnahmen als solche zur Herstellung einer vorläufigen Friedensordnung ist unpräzis, was sich vor allem darin zeigt, dass sie nach bisher herrschender Ansicht auch Massnahmen zur Sicherung der Urteilsvollstreckung umfassen können. Eine solche Verwässerung des Begriffes der Regelungsmassnahme ist indessen vermeidbar. Zunächst sind diejenigen vorsorglichen Massnahmen, die unmittelbar einen Sicherungszweck im oben beschriebenen Sinn verfolgen, vom Begriff der Regelungsmassnahme auszuklammern, auch wenn sie im Rahmen eines Streites um ein Rechtsverhältnis erlassen werden⁵⁹. Unter dem Begriff der Regelungsmassnahme verbleiben demnach lediglich diejenigen Anordnungen, die subjektive Privatrechte unmittelbar schützen, ohne dass hierüber in einem ordentlichen Rechtsschutzverfahren erneut zu entscheiden wäre.

Damit gelangen wir zum Ergebnis, dass nach ihrem unmittelbaren Zweck nur zwei Gruppen vorsorglicher Massnahmen zu unterscheiden sind: Sie werden im folgenden "Sicherungsmassnahmen" und "Regelungsmassnahmen" genannt. Verfolgen aber Sicherungs- und Regelungsmassnahmen grundsätzlich verschiedene Zwecke, so müssen auch die jeweils unmittelbar drohenden Gefahren verschieden sein. Hievon ist im folgenden Paragraphen die Rede.

⁵⁹ Gleich im Ergebnis Walder, Handbuch, S. 363.

§ 3 Die Unterscheidung von Sicherungs- und Regelungsmassnahmen

I. Vorbemerkungen

Die Einteilung der vorsorglichen Massnahmen in zwei Gruppen ist nicht neu. Vor allem das neuere Schrifttum hat die sog. Regelungsmassnahme, was auch immer im einzelnen darunter verstanden wird, von den übrigen vorsorglichen Massnahmen scharf getrennt. So hebt z.B. *Walder*¹ die besondere Funktion der vorsorglichen Massnahmen zur Herstellung einer Friedensordnung hervor. *Huth* und *Haubensak* sprechen von zwei prinzipiell verschiedenen vorsorglichen Massnahmen, bzw. von zwei Grundtypen vorsorglicher Massnahmen². Gemäss *Hablützel* versehen die vorsorglichen Massnahmen eine doppelte Funktion: die einen regeln vorläufig einen Zustand in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis, die andern sichern die Anspruchsverwirklichung³. Die vorsorglichen Massnahmen haben somit einerseits Sicherungs-, andererseits Regelungsfunktion⁴.

II. Die Sicherungsmassnahmen

1. Allgemeines

Wurde bisher gesagt, dass die Sicherungsmassnahme unmittelbar die Sicherung der Anspruchsverwirklichung bezweckt, so wurde dabei stets unterstellt, dass der Kläger tatsächlich einen Anspruch gegen den Beklagten hat; der Sieg im Hauptprozess wurde also angenommen. Denkt man die Tatsache dieser Unterstellung konsequent weiter, so gelangt man zu einem paradoxen Ergebnis: Besteht in Tat und Wahrheit kein Anspruch gegen den Beklagten, so konnte im Zeitpunkt des Erlasses der Sicherungsmassnahme auch die Verwirklichung nicht gefährdet sein. Gleichwohl wird aber der Erlass der Sicherungsmassnahme damit begründet, dass die Anspruchsverwirklichung gefährdet ist, obwohl unklar ist, ob es überhaupt einen Anspruch zu verwirklichen gibt. Dies führt zu einem unauflösbaren Widerspruch: Die "Antwort" auf die Frage der drohenden Gefahr stützt sich ihrerseits auf die unbeantwortete Frage nach dem Vorhandensein eines Anspruchs. Bis zur definitiven Beurteilung des behaupteten Anspruches bleibt somit der erwähnte Zweck der Sicherungsmassnahme blosser Wunsch. Damit stellt sich aber sogleich die weitere Frage, wie denn die Siche-

1 Walder, Handbuch, S. 363.

2 Huth, S. 1/2; Haubensak, S. 13 sowie auch Hasenböhler, S. 6.

3 Hablützel, S. 84 sowie schon Ziegler, S. 49 und 54.

4 von Salis, S. 4.

rungrnassnahme zu rechtfertigen ist, wenn zum vornherein damit gerechnet werden muss, dass sie möglicherweise ihren Zweck gar nicht erreichen kann.

Zwei Antworten sind denkbar, wovon die eine der herrschenden Lehre entspricht. Der erwähnte scharfe Widerspruch wurde zwar bisher, soweit ersichtlich, nirgends als solcher formuliert. Er wird aber insofern indirekt anerkannt, als beim Erlass von Sicherungsmassnahmen durchwegs gefordert wird, dass der Kläger seinen materiellen Anspruch wenigstens glaubhaft zu machen hat⁵. Ergibt nämlich eine summarische Prüfung, dass der klägerische Anspruch wahrscheinlich besteht, so kann auch seine Gefährdung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit beurteilt werden, was wiederum den Erlass einer Sicherungsmassnahme rechtfertigen kann. Am deutlichsten bringt diesen Gedanken *Vogel*⁶ zum Ausdruck, indem er sagt: "Da eine Gefährdung der Rechtsstellung des Klägers erforderlich ist, gehört es zum Fundament des Begehrens, dass die behauptete Rechtsstellung des Klägers wahrscheinlich besteht."

Das Problem mit dieser Ansicht besteht darin, dass, wie anschliessend (2.) zu zeigen sein wird, das Erfordernis einer blossen Glaubhaftmachung zugleich auch belegt, dass mit dem Nichtvorhandensein eines Anspruches nach wie vor zu rechnen ist. Damit ist aber die oben aufgeworfene Frage immer noch offen: Wie kann man die Sicherungsmassnahme mit der Gefährdung eines Anspruches rechtfertigen und zugleich anerkennen, dass vielleicht überhaupt kein Anspruch besteht? – Der Schlüssel zur Lösung liegt in der Fragestellung selbst. Kommt man mit der bisherigen Betrachtungsweise zu keiner logisch befriedigenden Antwort, liegt der Schluss nahe, dass die im Zeitpunkt des Erlasses der Sicherungsmassnahme erkennbare und abzuwendende Gefahr eine andere ist als bisher angenommen wurde. Hievon ist unter Ziff. 3 die Rede.

2. Die Ungewissheit der materiellen Rechtslage beim Erlass von Sicherungsmassnahmen

Die materielle Rechtslage ist solange ungewiss, als ein Rechtsstreit nicht verbindlich und endgültig erledigt ist. Abgesehen von der aussergerichtlichen Erledigung, die vorliegend nicht interessiert, besteht somit bis zum rechtskräftigen Urteil ein Schwebezustand⁷. In genau dieser Situation befinden sich die Streitparteien beim Erlass von Sicherungsmassnahmen. Wie mehrfach gesagt, ergehen diese im Hinblick auf die Durchführung des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens; die endgültige Beurteilung der behaupteten materiellen Rechte ist also vorbehalten⁸. Daraus folgt aber,

⁵ Vgl. dazu die unten S. 73 Anm. 20 zitierte Literatur und Rechtsprechung.

⁶ Vogel, S. 96.

⁷ Kummer, Klagerecht, S. 16/17.

⁸ Ziegler, S. 13; Huth, S. 2; sowie Guldener, Zivilprozessrecht, S. 148 Anm. 1, der aber m.E. zu Unrecht feststellt, dass bloss behauptete Rechte Gegenstand der Sicherungsmassnahmen seien. Die Behauptung eines Rechts, bzw. eines Anspruches ist zwar Voraussetzung für den Erlass von Sicherungsmassnahmen, doch wird dadurch der Anspruch noch nicht zum Gegenstand des Massnahmeverfahrens; vgl. dazu unten S. 70 f.

dass die materielle Rechtslage rechtlich gesehen offen ist. Daran ändert auch nichts, dass der Kläger regelmässig, wenn auch nicht immer⁹, seinen behaupteten Anspruch wenigstens glaubhaft zu machen hat. Zwar wird dadurch die Wahrscheinlichkeit eines abweisenden Haupturteils geringer, doch besteht nach wie vor die Möglichkeit, und sei diese auch nur theoretisch, dem Kläger den definitiven Rechtsschutz zu versagen. Damit soll aber nicht gesagt sein, dass das materielle Recht erst dann zur Entstehung gelangt, wenn es gerichtlichen Schutz gefunden hat. Dies wäre ein Rückfall in die für das schweizerische Recht überwundene monistische Rechtsauffassung¹⁰. Ebensovienig muss das Haupturteil notwendigerweise richtig sein in dem Sinne, dass es die ausserprozessual gedachte materielle Rechtslage auch tatsächlich feststellt. Wesentlich ist vielmehr, dass das Urteil autoritativ und endgültig ist¹¹.

Ist also im Zeitpunkt des Erlasses von Sicherungsmassnahmen die materielle Rechtslage ungewiss, ist es geradezu falsch zu sagen, dass Sicherungsmassnahmen gefährdete Ansprüche *schützen*¹². Ebensovienig lässt sich sagen, die Sicherungsmassnahme diene der Schadensabwehr¹³, weil ohne Nachweis eines materiellen Rechtes die Möglichkeit einer Rechtsverletzung nicht beurteilt werden kann. Trotzdem kann aber gesagt werden, dass ein solcher Schutz letztlich mit der Sicherungsmassnahme beabsichtigt ist, doch lässt sich im Zeitpunkt des Erlasses noch nicht sagen, ob dieser Zweck tatsächlich auch erreicht wird¹⁴.

3. Die abzuwendende Gefahr

a) Die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung

Ist die Frage des Bestandes des behaupteten materiellen Anspruches und seiner Rechtsgrundlage beim Erlass der Sicherungsmassnahme noch offen, so kann auch noch nicht gesagt werden, ob Rechte des Klägers wirklich gefährdet sind. Es fragt sich deshalb, worin die unmittelbar erkennbare und abzuwendende Gefahr zu suchen ist.

Auszugehen ist von den (zunächst subjektiven) Interessen des Klägers und den dem ordentlichen Rechtsschutzverfahren immanenten Gefahren¹⁵. Primäres Inter-

9 So ist z.B. in Zürich der materielle Anspruch nicht glaubhaft zu machen, wenn durch vorsorgliche Massnahmen der unmittelbare Streitgegenstand (107 Ziff. 3) geschützt werden soll; vgl. Stäuli/Messmer N 9 zu 110.

10 Vgl. dazu Guldener, Zivilprozessrecht, S. 54 ff. und die dortigen Verweise, sowie Walder, Handbuch, S. 8 f.

11 Beachte aber, dass erst die Verwirklichung eines gutgeheissenen Anspruches eigentlichen Rechtsschutz darstellt; vgl. oben S. 4 ff.

12 Unrichtig deshalb Sormani, S. 48; Matti, S. 1020; ZR 77, 91.

13 Unrichtig deshalb Hasenböhler, S. 3/4; Sormani, S. 20; BGE 97 I 486.

14 Vgl. auch ZR 52, 140 und SJZ 64 (1968) S. 43, welche hervorheben, dass die materiellrechtliche Streitfrage im Massnahmeverfahren nicht beurteilt wird.

15 Vgl. oben S. 6 f.

esse des Klägers ist zunächst die Realerfüllung seines behaupteten Anspruchs oder kurz die vollständige Rechtsverwirklichung. Dazu gehört nicht nur eine inhaltlich richtige, sondern auch die zeitgerechte Erfüllung¹⁶. Gerade in der heutigen schnelllebigen Zeit kann eine Verzögerung der Anspruchsverwirklichung genauso schwerwiegend sein wie eine gänzliche Nichterfüllung. Die Möglichkeit des Klägers, allenfalls Schadenersatzansprüche geltend zu machen, ist sicherlich nur von sekundärer Bedeutung und kann insofern ungenügend sein, als die ursprünglich geschuldete Leistung durch Geld nicht aufgewogen werden kann¹⁷. Andererseits stellt die Tatsache, dass der Beklagte die Rechte des Klägers bestreitet, zumindest theoretisch schon eine Gefährdung seiner Interessen dar. Die Weigerung des Beklagten, den Anspruch zu erfüllen, vereitelt (aus der Sicht des Klägers) zunächst die Rechtsverwirklichung in zeitlicher Hinsicht, wenn auch dadurch nicht notwendigerweise ein Schaden entstehen muss. Der Beklagte bringt damit aber auch allgemein zum Ausdruck, dass er sich durch die Ansinnen des Klägers nicht gebunden fühlt. Daraus folgt, dass die (subjektiv empfundene) Gefährdung der Anspruchsverwirklichung eine "natürliche" Konsequenz des Rechtsstreites ist und nicht, wie *Vogel* zu sagen scheint, ein spezifisches Merkmal der Sicherungsmassnahme¹⁸. Da nun aber der Kläger für die Durchsetzung seiner Interessen zur Anrufung der Gerichte gezwungen ist, und das ordentliche Rechtsschutzverfahren notwendigerweise eine relativ lange Zeit in Anspruch nimmt¹⁹, hat es der Beklagte in der Hand, in der Zwischenzeit interessenswidrig zu handeln. Daraus entsteht das Bedürfnis des Klägers, den von ihm erwarteten Prozessserfolg einstweilen zu sichern, um zu verhindern, dass die Inanspruchnahme der Justiz für ihn sinnlos wird²⁰. Gibt der Richter einem solchen Sicherungsbegehren des Klägers statt, so bedeutet dies *objektiv*, dass ihm die *Möglichkeit* der Rechtsverwirklichung offengehalten wird. Besonders hervorzuheben ist die Tatsache, dass bloss die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung und nicht schon die Rechtsverwirklichung selbst gesichert wird, denn beim Erlass der Sicherungsmassnahme lässt sich noch nicht sagen, ob der Kläger überhaupt einen zu verwirklichenden Anspruch hat. Dieser Gedanke ist in der schweizerischen Doktrin praktisch überhaupt nicht²¹, in der deutschen Lehre lediglich in Ansätzen vorhanden. So spricht *Uebe*²² nicht etwa von der Sicherung der späteren Vollstreckung, sondern von der Erhaltung ihrer Durchführbarkeit. Damit löst er den Gegenstand der Sicherungsmassnahme einen Schritt weit von der sonst üblichen Idee der Anspruchssicherung, doch erscheint das

16 Hablützel, S. 64.

17 Nicklisch, S. 26.

18 Vogel, S. 99, sieht in der Gefährdung der Durchsetzung des materiellen Rechtes den eigentlichen Rechtsgrund der vorsorglichen Massnahmen.

19 Vgl. oben S. 6 f.

20 Vgl. Troller, Haftung, S. 22; Etter, S. 2; Hasenböhler, S. 13, welche alle den Gedanken der Sicherung des Prozessserfolges zum Ausdruck bringen, jedoch ausser acht lassen, dass es sich zunächst dabei nur um die subjektive Absicht des Klägers handelt.

21 Vgl. aber Sormani, S. 50, der unter Anspruchssicherung die Sicherung *im Hinblick auf* die Realexécution versteht. Damit scheint er anzudeuten, dass nicht schon die Realexécution selbst gesichert wird.

22 Uebe, S. 1.

Anknüpfen an die spätere Vollstreckung statt an die Rechtsverwirklichung allgemein als zu eng. Demgegenüber bringen *Minnerop* und *Leipold*²³ zum Ausdruck, dass der ordentliche Rechtsschutz durch die tatsächliche Entwicklung der Verhältnisse überholt werden kann, was durch einstweilige Verfügungen zu verhindern ist. Dies kann im Ergebnis wohl nur bedeuten, dass die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung im ordentlichen Rechtsschutzverfahren zu sichern ist. Bemerkenswert ist deshalb auch die Feststellung von *Dütz*²⁴, dass die Verleihung materiell-rechtlicher Ansprüche durch die Rechtsordnung nur eine Geste bleibt, wenn die *Möglichkeit* einer Verurteilung *und* einer Zwangsvollstreckung fehle.

Die Betonung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung ist nicht nur ein Spiel mit Worten, sondern hat zur Folge, dass das Schutzobjekt der Sicherungsmassnahme klar erkennbar wird. Es soll verhindert werden, dass eines von mehreren möglichen Resultaten des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens, nämlich die Rechtsverwirklichung für den Kläger, *zum vornherein* durch das Verhalten des Beklagten nicht mehr erreichbar wird. Vom Richter aus gesehen besteht ja das Ziel des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens darin, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Dieses kann aber sowohl zugunsten des Klägers als auch zugunsten des Beklagten lauten. Wird nun die Rechtsverwirklichung zugunsten des Klägers zum vornherein ausgeschlossen, so entfällt auch eine an sich denkbare Lösung des Rechtsstreits. Übrig bleibt nur noch die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung für den Beklagten und die Nichtverwirklichung zulasten des Klägers. Insofern kann man sagen, dass auch aus der Sicht der Rechtspflegeorgane ein Interesse besteht, alle Optionen für die Erledigung eines Rechtsstreites bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens offen zu halten. Gleichwohl dient aber die Sicherungsmassnahme nicht öffentlichen, sondern privaten Interessen²⁵. Der Schutz des Klägers besteht darin, dass ihm die vorerst theoretische Möglichkeit, seinen behaupteten Anspruch später voll durchzusetzen, nicht schon während der Durchführung des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens, zu dem er ja gezwungen ist, genommen wird. Der Beklagte wird damit bis zum Abschluss des Rechtsstreites zu einem Verhalten gezwungen, das diesem Interesse des Klägers Rechnung trägt²⁶.

Schützt also die Sicherungsmassnahme die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung, so ist der Erkenntnisgegenstand des Massnahmeverfahrens offensichtlich verschieden von demjenigen im Hauptprozess²⁷, und es kann auch nicht gesagt werden, dass die Durchsetzung des materiellen Rechtes unmittelbar gefährdet sei²⁸. Wie schon mehrfach erwähnt ist im Zeitpunkt des Erlasses der Sicherungsmassnahme noch nicht zu beurteilen, ob es überhaupt etwas zugunsten des Klägers durchzusetzen gibt. Wenn

23 *Minnerop*, S. 56; *Leipold*, Grundlagen, S. 83 f.

24 *Dütz*, S. 129.

25 *Leipold*, Grundlagen, S. 85/86.

26 In gleichem Sinne *Kummer*, Grundriss, S. 264; *Schneider*, S. 141; *Meier*, Schaffhausen, S. 130.

27 Gegenteilig die von *Leipold*, Grundlagen, S. 17, kritisierte herrschende Meinung in Deutschland.

28 Unrichtig deshalb *Vogel*, S. 99 und ebenso *Sormani*, S. 58, der von der Sicherung der Rechtsverwirklichung spricht.

schon der Begriff Durchsetzung gebraucht wird, sollte eher von der Möglichkeit der Durchsetzung gesprochen werden²⁹. Gleichwohl ist aber der Begriff "Rechtsverwirklichung" vorzuziehen, da der Begriff "Durchsetzung" oft den Gedanken an eine Zwangsvollstreckung erweckt. Eine solche ist aber nicht immer notwendig, so z.B. wenn der Leistungsgegenstand infolge einer Sicherungsmassnahme beschlagnahmt worden ist.

Nach dem bisher Gesagten lässt sich also die durch die Sicherungsmassnahme abzuwendende Gefahr generell umschreiben. Wie sich dagegen diese Gefahr im Einzelfall manifestiert, d.h. wodurch die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zerstört zu werden droht, entzieht sich einer allgemeinen Formulierung. Dies hängt von der Art und dem Inhalt des jeweils behaupteten Anspruches ab. Man mag dabei zwischen inneren und äusseren Gefahren unterscheiden³⁰ oder von der Veränderung des Streitgegenstandes sprechen³¹, eines bleibt sich immer gleich: Gefährdet ist die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung. Dass dem so ist, zeigt sich namentlich auch, wenn man auf die früher besprochene Einteilung der vorsorglichen Massnahmen in solche zur Urteilssicherung und solche zur vorläufigen Vollstreckung zurückgreift³².

Es bedarf keiner weiteren Erläuterungen, dass dann, wenn der Beklagte den Gegenstand eines behaupteten Leistungsanspruches zerstört oder beiseite schafft, die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zum vornherein ausgeschlossen ist. Bei der sog. vorläufigen Vollstreckung ist zunächst zwischen Unterlassungsansprüchen und (positiven) Leistungsansprüchen zu unterscheiden. In bezug auf Unterlassungsansprüche wurde bereits erläutert, dass sie nur dann vollständig verwirklicht werden können, wenn sie überhaupt nie verletzt worden sind³³. Daraus folgt, dass nach einmal erfolgter Verletzung die Möglichkeit der Realerfüllung unwiederbringlich verloren ist. Die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung kann deshalb nur mit einer Sicherungsmassnahme geschützt werden, die dem Beklagten ein Verhalten auferlegt, das mit dem Unterlassungsanspruch inhaltlich übereinstimmt³⁴. Diese Überlegungen gelten aber auch dann, wenn der Kläger einen Anspruch auf positive Leistung geltend macht. Es ist daran zu erinnern, dass zur vollständigen Rechtsverwirklichung auch die zeitgerechte Erfüllung eines Anspruches gehört. Verursacht der Beklagte

29 Vgl. Gschwend, S. 67/68, der von der Verhinderung der Unmöglichkeit der Durchsetzung eines Anspruches spricht.

30 Vogel, S. 95/96; eine äussere Gefahr sei z.B. dann gegeben, wenn der Beklagte die Sache, die Gegenstand des klägerischen Anspruches ist, zu veraussern droht. Eine innere, verfahrens-immanente Gefahr, drohe dann, wenn infolge der Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens eine zeitgerechte Erfüllung des klägerischen Anspruches nicht möglich ist. Diese Unterscheidung ist m.E. deshalb problematisch, weil auch die sog. äussere Gefahr ihre Wurzel in der Länge des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens hat. Wäre eine unverzügliche Erledigung des Rechtsstreites möglich, so könnte (zumindest theoretisch) der Beklagte die beabsichtigte Veräusserung gar nicht vornehmen.

31 Vgl. Gschwend, S. 69/70, sowie als Beispiel ZR 47, 78.

32 Vgl. oben S. 10 f.

33 Vgl. oben S. 15, sowie Hasenböhler, S. 23 und Haubensak, S. 58.

34 Vgl. Kummer, Grundriss, S. 267; ZR 52, 140 und besonders Vogel, S. 96 Anm. 32, wonach die vorläufige Vollstreckung von Unterlassungsansprüchen zwanglos als Sicherung der Möglichkeit der Rechtsverfolgung betrachtet werden könne(!).

die Verzögerung einer fälligen Leistung, so kann diese Verspätung nicht rückgängig gemacht werden; die Möglichkeit der vollständigen Rechtsverwirklichung ist somit auch hier ausgeschlossen³⁵. Es folgt, dass hinsichtlich der durch die Sicherungsmassnahme abzuwendenden Gefahr bei Unterlassungs- und Leistungsansprüchen kein Unterschied besteht. Ist in beiden Fällen die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung bedroht, so heisst das aber noch nicht, dass diese Gefahr auch in beiden Fällen abzuwehren ist. Dies führt zur bisher vernachlässigten Frage, weshalb ausgerechnet dem Kläger die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung erhalten bleiben soll.

Konzentrierten sich die bisherigen Betrachtungen auf die Interessen des Klägers, so ist es wichtig festzuhalten, dass der Beklagte grundsätzlich das gleiche Interesse an einer vollständigen Verwirklichung des materiellen Rechtes hat. Aus seiner Sicht bedeutet aber die Erhebung eines Anspruchs gegen ihn einen unzulässigen Eingriff in seine Rechtssphäre und damit eine Verletzung der von ihm behaupteten materiellen Rechtslage. Wird ihm nun aber durch eine Sicherungsmassnahme ein Verhalten im Interesse des Klägers aufgezwungen, so wird ihm dadurch die Möglichkeit der uneingeschränkten Verwirklichung seiner rechtlichen Interessen genommen. Denn stellt sich später heraus, dass der klägerische Anspruch nicht bestand, so wurde für eine bestimmte Zeit das materielle Recht zu Ungunsten des Beklagten unwiderrufbar verletzt. Aus dem Gesagten folgt, dass sowohl Kläger wie auch Beklagter das gleiche Interesse an der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung haben. Die Tatsache, dass für beide diese Möglichkeit bedroht sein kann, sagt noch nichts darüber aus, weshalb durch den Erlass der Sicherungsmassnahme das Interesse des Klägers höher eingestuft wird. Dies ist vielmehr eine Frage der Voraussetzungen zum Erlass einer Sicherungsmassnahme³⁶.

b) Der abzuwendende Nachteil

Wie aus den Erläuterungen zum institutionellen Zweck der vorsorglichen Massnahmen hervorging, sprechen Gesetze, Lehre und Rechtsprechung oft davon, dass vorsorgliche Massnahmen qualifizierte Nachteile abzuwenden haben³⁷. Es ist nun das Verhältnis dieser Nachteile zur soeben erläuterten Gefahr des Entzugs der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zu untersuchen. Dabei ist zunächst der Verlust der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung für den Kläger an sich von den Folgen dieses Verlustes zu trennen.

Wird dem Kläger die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung entzogen, so bedeutet dies insofern einen Nachteil, als dadurch der von der Rechtsordnung vorgezeichnete

35 Nicht so weit gehend, aber immerhin die Bedeutung der zeitgerechten Rechtsverwirklichung anerkennend Guldener, Zivilprozessrecht, S. 578 Anm. 19; Hablützel, S. 64; Leipold, Grundlagen, S. 113.

36 Vgl. dazu unten § 10. Zur Frage, wie die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zu sichern ist, vgl. unten §§ 14 und 15.

37 Vgl. oben S. 8 f.

Konfliktlösungsweg nicht voll zum Tragen kommen kann³⁸. Die Tatsache, dass der Kläger nicht einmal mehr die Möglichkeit hat, einen eventuellen Prozessieg in eine Verwirklichung seiner Rechte umzusetzen, bringt ihn zum vornherein um einen Teil der Mittel, die ihm der staatliche Justizapparat theoretisch zur Verfügung stellt. Der Verlust der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung ist deshalb ein Nachteil an sich und zwar unabhängig davon, wie sich die ausserprozessual gedachte materielle Rechtslage präsentiert. Idealisiert betrachtet, sind die staatlichen Rechtsschutzorgane dazu berufen, Konflikte zwischen Privatrechtssubjekten durch Feststellung und Durchsetzung des "wahren" Rechts zu lösen. Gerade dies ist aber unter Umständen nicht mehr möglich.

Einen anderen Problemkreis beschlägt die Frage der Folgen des Verlusts der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung. Überhaupt keine Folgen treten natürlich dann ein, wenn der Kläger im ordentlichen Rechtsschutzverfahren nicht obsiegt. Damit ist aber auch angedeutet, dass die Folgen nur dann beurteilt werden können, wenn der behauptete klägerische Anspruch als bestehend unterstellt wird, obwohl dies zur Zeit des Erlasses der Sicherungsmassnahme nicht feststeht³⁹. Es sind eben diese Folgen, die bei der Umschreibung des institutionellen Zweckes der vorsorglichen Massnahmen jeweils als "qualifizierte Nachteile" bezeichnet wurden, und das ist auch der Sinn, in dem die Gesetze den Begriff "Nachteil" verwenden⁴⁰. Welcher Art diese Nachteile im Einzelfall sind, lässt sich nicht allgemein sagen. Dies hängt von der Natur des geltend gemachten Anspruchs und seiner materiellen Rechtsgrundlage ab. Im Vordergrund stehen materielle oder immaterielle Schäden infolge der Nichtverwirklichung. Damit zusammenhängend sind aber auch Fragen nach der Feststellbarkeit der Schäden und der Bonität des Ersatzpflichtigen⁴¹. All diese "Nachteile" können als Folge des Verlustes der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung eintreten, *falls* der Kläger im ordentlichen Rechtsschutzverfahren tatsächlich obsiegt. Damit stehen wir aber vor der gleichen Situation wie bei der Behandlung der Rechtsschutzfunktion der vorsorglichen Massnahmen⁴². Die einzige beim Erlass der Sicherungsmassnahme mit Bestimmtheit zu beurteilende Gefahr ist diejenige des Verlusts der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung. Diese gilt es unmittelbar zu verhindern. Die nachteiligen Folgen einer eventuellen Nichtverwirklichung dagegen sind insofern eine nur mittelbar drohende Gefahr, als ihr Eintritt vom Obsiegen des Klägers im ordentlichen Rechtsschutzverfahren abhängt. Daraus folgt, dass die abzuwendende Gefahr und der abzuwendende Nachteil (im Sinne der Folgen einer Nichtverwirklichung) sich gleich verhalten wie unmittelbarer und mittelbarer Zweck der Sicherungsmassnahme. Gefahr und Nachteil sind deshalb begrifflich und sachlich zu unterscheiden⁴³.

38 Vgl. oben S. 23.

39 Vgl. oben S. 20 f.

40 Vgl. z.B. Zürich 110 Abs. 1; PatG 77 Abs. 2; UWG 9 Abs. 2.

41 So auch Sormani, S. 20 sowie unten S. 73 ff.

42 Vgl. oben S. 21.

43 Unrichtig deshalb Meng, S. 47.

4. Zusammenfassung

Unmittelbarer und deshalb eigentlicher Zweck der Sicherungsmassnahme ist es, dem Kläger die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung sicherzustellen. Der früher erwähnte mittelbare Zweck der Sicherungsmassnahme, einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren, steht damit nicht im Widerspruch; jedoch steht beim Erlass der Massnahmen noch nicht fest, ob dieser Zweck überhaupt erreichbar ist. Überspitzt formuliert könnte man sagen, dass der Grund für die Sicherungsmassnahme in der Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens liegt; dem Kläger wird die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung deshalb erhalten, *weil* noch nicht fest steht, ob er recht hat. Unmittelbares Schutzobjekt ist somit nicht der klägerische Anspruch, sondern die wirksame Inanspruchnahme der Rechtsschutzmittel.

Aus dem unmittelbaren Zweck folgt sodann, dass Sicherungsmassnahmen nur dann zum Einsatz kommen können, wenn der Kläger einen materiellen Anspruch zu haben behauptet, über dessen Bestand in einem ordentlichen Rechtsschutzverfahren noch endgültig zu befinden und der sodann durchzusetzen ist. Ist dagegen das klägerische Begehren bereits mit der Ausfällung des rechtskräftigen Urteils verwirklicht, entfällt die Gefahr des Verlusts der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung. Denn der Richter kann durch den Beklagten nicht davon abgehalten werden, sein Urteil zu fällen. Sicherungsmassnahmen sind deshalb nicht denkbar, wenn der Kläger lediglich die Feststellung oder Gestaltung⁴⁴ der Rechtslage durch den Richter verlangt. Damit soll aber nicht gesagt sein, dass der Kläger in solchen Fällen kein Interesse an einem vorzeitigen Rechtsschutz haben kann, wie z.B. eine schon vorläufige Gestaltung der Rechtslage durch den Richter. Fest steht jedoch, dass dies mit einer Sicherungsmassnahme ihrem Zweck gemäss nicht erreichbar ist.

Schliesslich ist festzuhalten, dass die Gesetze und die Rechtsprechung nirgends den unmittelbaren Zweck der Sicherungsmassnahme in der hier verwendeten Formulierung festhalten. Am nächsten kommen diejenigen Gesetze, die vorsorgliche Massnahmen zur Sicherung der Rechtsverfolgung vorsehen⁴⁵. Wird dem Kläger die *Verfolgung* seiner Rechte sichergestellt, so kann dies nichts anderes heissen, als dass ihm die *Möglichkeit* der Rechtsverwirklichung gesichert werden soll.

III. Die Regelungsmassnahmen

1. Allgemeines

Es wurde bereits anhand eines Beispiels gezeigt⁴⁶, dass es vorsorgliche Massnahmen gibt, die unmittelbaren (einstweiligen) Rechtsschutz gewähren, ohne dass

44 Vgl. von Tuhr/Peter, S. 26, wonach bei der Ausübung eines Gestaltungsrechts durch eine Klage dem Begehren des Klägers kein Anspruch zugrunde liegt.

45 Appenzell-Innerrhoden 247 Ziff. 3; Appenzell-Ausserrhoden 249 Ziff. 2; St. Gallen 389 Ziff. 2; vgl. auch BGE 51 III 193.

46 Vgl. oben S. 16.

dies in einem ordentlichen Rechtsschutzverfahren erneut beurteilt wird⁴⁷. Die Bezeichnung solcher vorsorglicher Massnahmen als Regelungsmassnahmen ist nur dann sinnvoll, wenn zwischen dem Kläger und dem Beklagten *unbestrittenermassen* ein Rechtsverhältnis besteht. Wäre dem nicht so, so wäre es zum vornherein ungewiss, ob es überhaupt etwas zu regeln gibt⁴⁸. Die Regelungsmassnahmen knüpfen also an Rechtsverhältnisse an, und zwar gewöhnlich an solche, die von längerer Dauer sind⁴⁹. Die Regelungsmassnahmen sind sodann auch *vorsorgliche* Massnahmen. Es stellt sich damit die Frage, was für Gefahren sie abzuwenden trachten.

2. Die abzuwendende Gefahr

Auszugehen ist wiederum von der Streitlage⁵⁰. Der Kläger sieht sich logischerweise nur dann veranlasst, ein Begehren um Erlass von Regelungsmassnahmen zu stellen, wenn er seine Interessen aus dem und am Rechtsverhältnis durch den Beklagten bedroht sieht. Welcher Art dieses Interesse und damit die befürchtete Gefahr im Einzelfall ist, hängt natürlich von der Natur des jeweiligen Rechtsverhältnisses ab und kann deshalb nicht allgemein formuliert werden. So kann z.B. ein besonderes Interesse an der raschen Erfüllung eines Leistungsanspruches bestehen, wie dies oft bei Unterhaltsansprüchen der Ehegatten der Fall ist⁵¹. Sodann können sich infolge des Rechtsstreites die tatsächlichen Grundlagen des Rechtsverhältnisses derart verändert haben, dass sich eine Neuordnung aufdrängt, die Parteien sich aber darüber nicht gütlich einigen können⁵². Schliesslich kann sich der Kläger auch veranlasst sehen, die Interessen Dritter, am Rechtsverhältnis, aber nicht am Rechtsstreit Beteiligter, wahrzunehmen⁵³. Allgemein lässt sich sagen, dass eine vorläufige Ordnung, ein *modus vivendi*⁵⁴, deshalb notwendig ist, weil der Beklagte nicht gewillt ist, der im materiellen Recht vorgezeichneten Ordnung des Rechtsverhältnisses zu folgen; insofern als dadurch das Rechtsverhältnis als Ganzes gewissermassen aufgeweicht wird⁵⁵, kann die Regelungsmassnahme im Interesse beider Parteien sein⁵⁶. Die Ge-

47 Meng, S. 44, spricht ungenau von der "Aushöhlung" des Anspruchsinhalts bis zur endgültigen Durchsetzung infolge bestehender widerrechtlicher Verhältnisse. Abgesehen davon, dass nicht nur Ansprüche Gegenstand von Regelungsmassnahmen sein können, ist Mengs Ansicht falsch, wenn er damit sagen will, die Regelungsmassnahme werde im Hinblick auf eine spätere endgültige Vollstreckung erlassen.

48 Bei den Sicherungsmassnahmen dagegen bedeutet die Behauptung eines Anspruches gleichzeitig auch die Behauptung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten. Ob darüber hinaus noch weitere Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien bestehen, ist gleichgültig.

49 Hablützel, S. 90; Nicklisch, S. 38.

50 Wie bei den Sicherungsmassnahmen stellt sich die Frage des Rechtsschutzes nur, wenn ein Rechtsstreit herrscht.

51 Vgl. als Beispiel BGE 41 I 122 sowie Stamm, S. 15 f.

52 ZR 77, 92; ZR 53, 161.

53 Z.B. die Interessen der Kinder der zerstrittenen Ehegatten; vgl. BGE 102 Ia 102; ZR 76, 11.

54 Walder, Handbuch, S. 363; Etter, S. 6.

55 Hasenböhler, S. 4/5.

56 Huth, S. 126.

fahr besteht somit in der unmittelbaren Nichtverwirklichung des das Rechtsverhältnis regelnden materiellen Rechts. Damit bestätigt sich die schon früher gewonnene Erkenntnis⁵⁷, dass die Regelungsmassnahmen unmittelbaren Rechtsschutz gewähren. Die Tatsache, dass die Berechtigung des gewährten Rechtsschutzes nicht erneut überprüft wird, macht zudem die Regelungsmassnahmen in materieller Hinsicht zu endgültigen Anordnungen, wenn auch ihre Wirkung in zeitlicher Hinsicht beschränkt ist⁵⁸.

Es fragt sich nun, weshalb die erwähnten Interessen des Klägers jeweils bedroht sind. Die Antwort auf diese Frage kann nicht anders ausfallen, als bei jedem anderen "normalen" Streit um materielle Rechte und Rechtsverhältnisse. Wie bei jedem Rechtsstreit herrscht auch vor Erlass der Regelungsmassnahme Ungewissheit über die gegenseitigen Rechte und Pflichten, was sich bei einem Rechtsverhältnis lähmend und damit auch schädigend auswirken kann⁵⁹. Diese Situation wird von den Regelungsmassnahmen (im Gegensatz zu den Sicherungsmassnahmen) bereinigt.

Die Regelungsmassnahmen sind aber, wie die vorsorglichen Massnahmen überhaupt, dringliche Anordnungen. Damit stellt sich die Frage, wann sich die klägerischen Interessen bedrohende Gefahr genügend konkretisiert hat, um ein Eingreifen mit Regelungsmassnahmen zu rechtfertigen. Die bisherige Lehre und Rechtsprechung spricht grundsätzlich nur dann von Regelungsmassnahmen, wenn es sich um Anordnungen handelt, die für die Dauer eines ordentlichen Zivilprozesses über das Schicksal des gesamten Rechtsverhältnisses erlassen wurden⁶⁰; Gegenstand des ordentlichen Prozesses sind regelmässig Gestaltungsklagen⁶¹. Diese Einschränkung ergibt sich aber m.E. nicht unmittelbar und zwingend aus dem Zweck der Regelungsmassnahmen. Wohl ist z.B. eine Scheidungsklage ein unmissverständliches Indiz dafür, dass das Eheverhältnis erheblich getrübt ist. Dies ist auch der Grund, weshalb den Ehegatten nach Einleitung der Scheidungsklage von Gesetzes wegen das Getrenntleben gestattet wird⁶². Doch lässt sich daraus nicht ableiten, dass das Bedürfnis nach einer raschen Regelung der ehelichen Verhältnisse seinen Grund in der penden- den Scheidungsklage hat. Diese Ansicht wird im übrigen auch durch die Möglichkeit, gemäss Art. 169 ff. ZGB Eheschutzmassnahmen zu verlangen, belegt. Entsprechendes gilt, wenn eine Klage auf Auflösung einer Gesellschaft angestrengt wird. Auch hier ist die Gestaltungsklage Indiz, aber nicht materieller Grund für den Erlass von Regelungsmassnahmen⁶³. Lässt man somit das formale Kriterium einer penden- ten Gestaltungsklage beiseite, so ist auch weiterhin offen, wann, d.h. unter welchen Voraussetzungen eine Regelungsmassnahme angebracht ist. Allgemein lässt sich wohl nur sagen, dass immer dann, wenn ein Rechtsverhältnis so beschaffen ist, dass die

57 Vgl. oben S. 16.

58 So schon BGE 41 I 122 sowie BGE vom 7. Mai 1969 i.S. Badrutt (zit. bei Ludwig, ZbJV 110, S. 173) sowie Haubensak, S. 13 und Matile, S. 101.

59 Vogel, S. 96; Huth, S. 28/29.

60 Vogel, S. 96; ZR 42, 33.

61 Guldener, Zivilprozessrecht, S. 576; Vogel, S. 90.

62 ZGB 170 Abs. 2 und dazu Walder, Handbuch, S. 363.

63 Vgl. als Beispiel solcher Regelungsmassnahmen ZR 51, 80; 58, 69.

Missachtung des gesetzlichen Verhaltensmusters von grosser Tragweite ist, die Gesetze die rasche Ordnung der Verhältnisse fordern. Man hat es also mit einer vom Gesetzgeber zu beantwortenden Wertungsfrage zu tun. So betrachtet muss aber m.E. der Begriff der Regelungsmassnahme weiter als bisher gefasst werden. So wären z.B. nicht nur (gewisse) Anordnungen gestützt auf Art. 145 ZGB, sondern auch jene gestützt auf Art. 169 ff. ZGB als Regelungsmassnahmen anzusprechen⁶⁴. Aber auch die Anordnung der Gütertrennung gemäss Art. 183 und 184 ZGB sowie die diversen im Gesetz vorgesehenen Sicherstellungsansprüche⁶⁵ sind richtig betrachtet Regelungsmassnahmen. In all diesen Fällen wird zum Schutze der klägerischen Interessen in ein bestehendes Rechtsverhältnis ordnend eingegriffen.

3. Die Charakterisierung der Regelungsmassnahmen als vorsorgliche Massnahmen

Bezwecken die Regelungsmassnahmen nach dem bisher Gesagten die unmittelbare Durchsetzung materieller Rechtsnormen, so stellen sich in zweifacher Hinsicht Abgrenzungsfragen.

Zum einen ist abzuklären, worin denn die Einstweiligkeit des Rechtsschutzes bei den Regelungsmassnahmen zu erblicken ist. Hält man daran fest, dass der Rechtsschutz deshalb nur einstweilig ist, weil er lediglich bis zum Abschluss eines ordentlichen Rechtsschutzverfahrens seine Wirksamkeit behält, so dürfte man in der Tat nur dann von Regelungsmassnahmen sprechen, wenn sie im Rahmen eines ordentlichen Rechtsschutzverfahrens ergehen. Wie erwähnt, ist aber dieses Abgrenzungskriterium ein rein formales und ergibt sich insbesondere nicht aus dem Zweck der Regelungsmassnahmen⁶⁶. Es erscheint deshalb besser, den Begriff der Einstweiligkeit so zu verstehen, dass die Regelungsmassnahmen nur solange gültig sind, als die oben geschilderte Gefahr besteht, längstens aber solange das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien existiert. Bei dieser Betrachtungsweise ergibt sich die zeitlich beschränkte Gültigkeit der Regelungsmassnahmen aus materiellen Kriterien.

Andererseits fragt sich, inwiefern sich der durch Regelungsmassnahmen gewährte Rechtsschutz von der Durchsetzung "gewöhnlicher" materieller Rechte unterscheidet. Zwei Merkmale sind kennzeichnend. Das eine wurde bereits erwähnt und besteht im unbestrittenen Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien. Darüber hinaus kommt aber zusätzlich noch, dass Regelungsmassnahmen immer durch *neu hinzutretende Umstände* veranlasst werden, die der gesetzgeberischen Idealvorstellung des Rechtsverhältnisses widersprechen, und zwar in der Weise, dass

64 In diese Richtung zielen wohl BGE 91 II 417; ZR 75, 100; 78, 125.

65 Vgl. z.B. Art. 463 und 464 ZGB.

66 Ganz anders bei den Sicherungsmassnahmen; diese werden gerade im Hinblick auf das ordentliche Rechtsschutzverfahren erlassen und beziehen gewissermassen ihre Existenzberechtigung daraus.

sein Funktionieren grundsätzlich in Frage gestellt ist. Damit wird auch klar, dass es sich z.B. bei der vorläufigen Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen an das Kind gestützt auf Art. 283 ZGB nicht um eine Regelungsmassnahme handeln kann. Obwohl in diesen Fällen die Vaterschaft zu vermuten ist, ist das Rechtsverhältnis zwischen Vater und Kind noch nicht endgültig etabliert; das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis ist somit immer noch umstritten. Ebenso wenig kann, um ein weiteres Beispiel zu nennen, die Ernennung eines Erbenvertreters gestützt auf Art. 602 Abs. 3 als Regelungsmassnahme angesprochen werden, weil diese nicht aufgrund besonderer neuer Umstände erfolgt, sondern vielmehr beim Vorhandensein mehrerer Erben zulässig ist⁶⁷.

4. Zusammenfassung

Die Regelungsmassnahmen bezwecken den raschen Schutz unmittelbar bedrohter materiell-rechtlicher Interessen, die sich aus Rechtsverhältnissen ergeben und deren Verletzung vom Gesetzgeber als besonders gravierend betrachtet werden. Ihr Gegenstand sind materielle Rechte, und der gewährte Schutz ist endgültig; sie sind deshalb von den Sicherungsmassnahmen scharf zu trennen. Gleichwohl ist aber die Rechtsschutzwirkung zeitlich beschränkt; insofern sind sie ein Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes.

IV. Schlussfolgerungen

Die Unterscheidung von Sicherungs- und Regelungsmassnahmen ist nicht nur grundlegend, sondern auch eindeutig durchführbar. Als Unterscheidungskriterium dient ihr unmittelbarer Gegenstand, das eigentliche Schutzobjekt.

Das Schutzobjekt der Sicherungsmassnahme ist die *Möglichkeit* der Rechtsverwirklichung zugunsten des Klägers. Dies folgt aus der Tatsache, dass im Zeitpunkt des Erlasses der Sicherungsmassnahme nicht zuverlässig beurteilt werden kann, ob darüber hinaus auch der behauptete klägerische Anspruch bedroht ist. Eine Aussage hierüber lässt sich nur nach Durchführung eines ordentlichen Rechtsschutzverfahrens machen. Was dagegen *objektiv* beurteilt werden kann, ist die Frage, ob dem Kläger durch das befürchtete Verhalten des Beklagten zum vornherein die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung (ein mögliches Resultat des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens) genommen wird. Trifft dies zu, ist es Aufgabe der Sicherungsmassnahme, dies zu verhindern.

67 Vgl. für die Behandlung weiterer Regelungsmassnahmen unten § 16.

Demgegenüber knüpfen Regelungsmassnahmen nicht an behauptete Ansprüche, sondern an unbestrittenermassen bestehende Rechtsverhältnisse an. Ihr Schutzobjekt sind die Interessen des Klägers, die sich aus der im materiellen Recht vorgezeichneten Ordnung des Rechtsverhältnisses ergeben. Gefährdet sind die klägerischen Interessen jeweils dadurch, dass die sich aus dem Rechtsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten vom Beklagten nicht mehr wahrgenommen werden oder nicht mehr wahrgenommen werden können, weil sich die ursprünglichen Grundlagen des Verhältnisses stark verändert haben. Die Regelungsmassnahmen setzen deshalb die bisher geltende Ordnung unmittelbar durch oder regeln die materiell-rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien neu und verbindlich (ohne dass hierüber erneut zu entscheiden wäre). Sie bieten aber insofern nur einstweiligen Rechtsschutz, als sie längstens bis zur Auflösung des Rechtsverhältnisses Geltung haben können oder bis sich die Parteien gemeinsam auf eine neue Ordnung einigen. Während dieses Zeitraumes sind sie aber endgültig⁶⁸.

Es ist aber zu beachten, dass die Unterscheidung von Regelungs- und Sicherungsmassnahmen nicht notwendig mit der jeweiligen Gesetzesgrundlage, auf die ihr Erlass gestützt wird, übereinstimmt. Es wäre deshalb falsch, z.B. vorsorgliche Massnahmen gestützt auf Art. 145 ZGB generell als Regelungsmassnahmen zu bezeichnen. Wie noch zu zeigen sein wird (§ 18), können gestützt auf diesen Artikel sowohl Regelungsmassnahmen als auch Sicherungsmassnahmen erlassen werden.

68 Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist, dass Müller, Grenzen, S. 1, für den deutschen Rechtsbereich nicht etwa zwischen endgültigem und provisorischem Rechtsschutz unterscheidet, sondern zwischen "endgültig abschliessenden Verfahren" und "Sicherungsverfahren".

§ 4 Wesen und Wirkung der vorsorglichen Massnahmen

I. Vorbemerkungen

In engem Zusammenhang mit dem Zweck der vorsorglichen Massnahmen steht die Frage nach deren Wesen. Wie einleitend zu diesem Kapitel festgestellt wurde, bestehen heute Meinungsverschiedenheiten darüber, ob vorsorgliche Massnahmen ihrer Natur nach dem Bundesrecht, d.h. dem materiellen Recht, oder dem Zivilprozessrecht, d.h. dem formellen Recht, zuzuordnen seien. Unumstritten ist nur, dass die Verfahrensvorschriften zum Erlass vorsorglicher Massnahmen dem Prozessrecht zuzuschreiben sind¹. Zu untersuchen ist aber, wie es sich mit dem durch die vorsorglichen Massnahmen Angeordneten verhält. Es mag erstaunen, dass diese Frage schon vor der Besprechung der inhaltlichen Ausgestaltung der vorsorglichen Massnahmen behandelt wird. Es wird sich aber zeigen, dass die Natur der vorsorglichen Massnahmen sich unmittelbar aus ihrem Zweck ergibt und deshalb für Sicherungsmassnahmen und Regelungsmassnahmen verschieden ist (III. und IV.). Allen vorsorglichen Massnahmen gemeinsam ist dagegen das Merkmal der Dringlichkeit (V.).

II. Die Unterscheidung von materiellem und formellem Recht

1. Ausgangslage

Die in Art. 64 BV enthaltene Kompetenzausscheidung, wonach der Bund das Privatrecht, die Kantone dagegen das Zivilprozessrecht regeln, macht die Unterscheidung dieser beiden Rechtsgebiete zu einer praktischen Notwendigkeit. Bevor deshalb eine Frage dem Bundes- oder dem kantonalen Gesetzgeber zugeordnet werden kann, ist zuerst deren formellrechtliche bzw. materiellrechtliche Natur abzuklären².

2. Die Abgrenzungskriterien

Die Trennungslinie zwischen materiellem und formellem Recht verläuft keineswegs eindeutig. Entsprechend zahlreich sind denn auch die Versuche, die beiden Rechtsgebiete klar zu umschreiben. So bezeichnet etwa *Jäggi* als materielles Recht "jenes Recht, das die Beziehungen der einzelnen unter sich zum Gegenstand hat"³.

1 Solche Vorschriften finden sich sowohl in kantonalen wie auch in Bundesgesetzen.

2 Meier, *Iura*, S. 6.

3 Jäggi, *Privatrecht und Staat*, S. 4.

Das formelle Recht umfasst demgegenüber gemäss *Matti* die Regeln der ordnungsgemässen Verwirklichung der Verhaltensnormen, die das Privatrecht ausmachen⁴.

Am verbreitetsten ist heute wohl die Auffassung *Guldener's*⁵, wonach das materielle Privatrecht Entstehung, Veränderung, Untergang und Inhalt von Rechten und Rechtsverhältnissen zwischen gleichwertigen Einzelpersonen regelt, das Prozessrecht dagegen Organisation und Aufgabenkreis der Zivilgerichte sowie deren Verfahren zum Gegenstand hat; das Prozessrecht wolle die Klarstellung privater Rechte und Rechtsverhältnisse ermöglichen.

Diese Abgrenzungsformel wurde von *Walder* und *Meier*⁶ zu Recht als zu eng kritisiert. Auch typisch prozessrechtliche Institute wie die prozessuale Verwirkung, die Klageanerkennung oder der Klagerückzug können für den Bestand materieller Rechte von Belang sein. Es erscheint deshalb besser, folgende von *Meier* vorgeschlagene Formel zu verwenden: "Das Prozessrecht ist der Inbegriff aller Normen, die menschliches Verhalten vor Rechtspflegeorganen regeln. Das materielle Recht dagegen regelt das Verhalten in Lebensbereichen, in denen sich die Rechtssubjekte ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt angerufenen Rechtspflegeorgan begegnen"⁷. Diese Abgrenzung ist geeignet, auch Zweifelsfragen, zu denen das Institut der vorsorglichen Massnahmen Anlass geben, richtig einzuordnen.

III. Die formellrechtliche Natur der Sicherungsmassnahme

1. Der Zweck der Sicherungsmassnahme als Ausgangspunkt

Die Betrachtungen über den Zweck der Sicherungsmassnahmen haben ergeben, dass sie nicht an den behaupteten materiellen Anspruch anknüpfen, ja dies gar nicht können⁸. Daraus ergibt sich aber noch nicht ohne weiteres, dass die Sicherungsmassnahme an sich, d.h. die konkrete Anordnung, ein rein prozessuales Mittel ist, wie dies verschiedentlich behauptet wird⁹. Die Natur der Sicherungsmassnahmen wird erst dann klar ersichtlich, wenn man von ihrem unmittelbaren Sicherungszweck, dem Schutz der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung, ausgeht¹⁰.

4 *Matti*, S. 1020; zu eng ist m.E. die Formulierung *Minnerops* (S. 15), wonach formelles Recht in erster Linie das justizförmige Zustandekommen des Sachurteils zu gewährleisten hat. Zum formellen Recht gehören nämlich nicht nur die Regeln des Zivilprozesses, sondern auch jene über die Zwangsvollstreckung.

5 *Guldener*, Bundesprivatrecht, S. 2, und gleich auch *Kummer*, Klagerecht, S. 3.

6 *Walder*, Handbuch, S. 23/24; *Meier*, *Iura*, S. 8.

7 *Meier*, *Iura*, S. 9. Er folgt damit *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970, S. 24 f. und 408.

8 Vgl. oben S. 20 f. sowie auch ZR 65, 122.

9 So *Hasenböhler*, S. 12 und *Hablützel*, S. 85.

10 M.E. unrichtig deshalb *Ziegler*, S. 5, der die Natur der vorsorglichen Massnahme lediglich in der abgekürzten Kognitionstätigkeit des Richters und der Vorläufigkeit der Entscheidung sieht.

2. Die Sicherungsmassnahme als typische "Vermittlertätigkeit" der Rechtspflegeorgane

Für die ältere Lehre und Rechtsprechung stand die prozessuale Natur der Sicherungsmassnahmen ausser Zweifel. Deshalb wurde dies entweder stillschweigend vorausgesetzt¹¹ oder ohne Begründung postuliert¹². Der enge Zusammenhang der Sicherungsmassnahme mit dem ordentlichen Rechtsschutzverfahren¹³ hat verschiedene Autoren zu einer differenzierteren Betrachtungsweise veranlasst, die darauf hindeutet, dass das mit der Sicherungsmassnahme Angeordnete nicht mit den Rechtsfolgen des materiellen Rechts gleichgesetzt werden kann. Während *Graner*¹⁴ im rein formalen und deshalb unzutreffenden Argument steckenbleibt, wonach sich die Natur der vorsorglichen Massnahme danach unterscheide, ob der Hauptprozess schon hängig sei oder nicht, hält *Hasenböhler*¹⁵ fest, dass durch eine vorsorgliche Massnahme allfällige Gegenansprüche des Beklagten nicht zunichte gemacht werden können. Am Beispiel der Verfügungsbeschränkung hebt er hervor, dass die Sicherungsmassnahme subjektive Rechte weder in ihrer Existenz noch in ihrem Inhalt tangiert¹⁶. Im deutschen Rechtskreis wird anerkannt, dass bei einstweiligen Verfügungen "der Satz, der Richter könne sozusagen an den Bestimmungen des materiellen Rechts ablesen, welche Entscheidung er zu treffen habe", nicht gelte¹⁷; *Jauernig*¹⁸ warnt davor, die "Sicherung als unvollendete Befriedigung" zu betrachten. Sie sei kein wesensgleiches Minus gegenüber der Rechtsverwirklichung, sondern ein "aliud"¹⁹.

Die erwähnte Doktrin bringt dem Sinne nach zum Ausdruck, dass die Sicherungsmassnahmen zur Zeit ihres Erlasses ihre "Daseinsberechtigung" zunächst nicht aus der materiellen Rechtslage beziehen. Insofern können sie als vom materiellen Recht unabhängige Anordnungen bezeichnet werden²⁰. Der weitere Schritt zu ihrer Qualifizierung als Anordnungen des formellen Rechts lässt sich leicht vollziehen, wenn man sich die Stellung der Sicherungsmassnahme im gesamten Rechtsschutzverfahren erneut vor Augen hält. Beim Erlass der Sicherungsmassnahme wird darüber entschieden, ob unter den gegebenen Umständen dem Beklagten ein Verhalten vorge-

11 Ziegler, S. 23/24.

12 Stamm, S. 62 und 78 Anm. 8; Gschwend, S. 66; BGE 96 I 300; 88 I 15; 88 II 276.

13 Etter, S. 7.

14 Graner, S. 12.

15 Hasenböhler, S. 18.

16 Hasenböhler, S. 22; in gleichem Sinne Kupfer, S. 72 und 75.

17 Baur, Studien, S. 19; in gleichem Sinne auch Minnerop, S. 31. Bruns, S. 326, spricht von der Ordnung eines regelungsbedürftigen Zustandes.

18 Jauernig, S. 326.

19 Ähnlich Minnerop, S. 76.

20 Während Guldener, Bundesprivatrecht, S. 12, dies nur für einstweilige Verfügungen zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes anerkennt, ziehen Sormani, S. 58 und Minnerop, S. 31, diesen Schluss eindeutig. Sträuli/Messmer, N 2 zu 110, sehen zwar die Frage, ob eine Sicherungsmassnahme zu erlassen sei, im Bundesrecht verankert, überlassen aber die Bestimmung der konkreten Massnahme dem kantonalen Zivilprozessrecht. Vgl. auch ZR 65, 122, wo deutlich gesagt wird, dass mit der Sicherungsmassnahme kein Vorentscheid über den materiellen Anspruch gefällt wird.

schrieben werden soll, das die Durchführung des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens zugunsten des Klägers ermöglicht. Damit ist aber unmissverständlich klar, dass die Einschränkung des rechtlichen Könnens und/oder Dürfens des Beklagten eine Folge des durchzuführenden ordentlichen Rechtsschutzverfahrens ist. Die Sicherungsmassnahme regelt also das Verhalten des Beklagten vor den Rechtspflegeorganen und zwar für solange, als diese tätig sind. Damit trägt aber die Sicherungsmassnahme alle Merkmale des formellen Rechts. Das Bedürfnis nach dem Schutz der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung entsteht überhaupt erst wegen der "Vermittlung" der staatlichen Rechtspflegeorgane zwischen den Parteien, nämlich der Durchführung eines ordentlichen Rechtsschutzverfahrens. Dies trifft auch dann zu, wenn die Sicherungsmassnahme eine Lage schafft, die gemeinhin als vorläufige Vollstreckung bezeichnet wird. Damit wird weder eine Aussage über die materiell-rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien gemacht, noch wird damit dem Kläger ein neues materielles Recht gegenüber dem Beklagten zuerkannt. Die Sicherungsmassnahme hat vielmehr ihren Ursprung in der Autorität des Gerichtes als Träger staatlicher Macht und stimmt lediglich in rein tatsächlicher Hinsicht mit dem überein, was der Kläger mit seinem materiellen Anspruch geltend macht²¹. Das gleiche trifft auch zu, wenn durch eine Sicherungsmassnahme die Verfügungsmöglichkeit über ein Grundstück eingeschränkt wird²². Es trifft zwar zu, dass mit der Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB für den Kläger und den Beklagten unmittelbar materiellrechtliche Folgen eintreten²³, doch ergeben sich diese nicht aus dem Wesen der Anordnung an sich, sondern aus der ausdrücklichen Regelung des Grundbuchsrechts durch den Bundesgesetzgeber. Ob dies auch ohne entsprechende Regelung im ZGB möglich wäre, ist dagegen eine andere Frage²⁴. Immerhin anerkennt das Bundesgericht, dass zumindest bei der in einigen kantonalen Gesetzen vorgesehenen Grundbuchsperre keine Zu- oder Aberkennung privater Rechte erfolge²⁵.

Ist somit die Sicherungsmassnahme m.E. eindeutig formellrechtlicher Natur, so bedarf noch eine in jüngster Zeit von *Vogel* geäusserte gegenteilige Ansicht näherer Betrachtung²⁶. Zunächst ist festzuhalten, dass *Vogel* bei seiner Untersuchung die hier getroffene grundsätzliche Unterscheidung von Sicherungs- und Regelungsmassnahme nicht macht; vielmehr behandelt er die vorsorglichen Massnahmen als Ganzes. Die nachfolgende Kritik beschränkt sich auf die Äusserungen *Vogels*, die sich auf Sicherungsmassnahmen beziehen.

Vogels Begründung dafür, dass Sicherungsmassnahmen materiell-rechtlicher Natur seien, lautet zusammengefasst wie folgt²⁷: Der vom Bundesrecht gewährte Anspruch

21 So auch Minnerop, S. 50. Selbst bei einer vorläufigen Zusprechung einer positiven Leistung gemäss Art. 282 ZGB wurde hervorgehoben, dass eine solche Massnahme vom materiellen Anspruch, der Gegenstand des Hauptprozesses ist, unabhängig sei; vgl. SJZ 76 (1980) S. 139.

22 Vgl. im übrigen darüber unten S. 141 ff.

23 Guldener, Bundesprivatrecht, S. 11.

24 Vgl. dazu unten S. 143 f.

25 BGE 103 II 5; 87 I 489.

26 *Vogel*, SJZ 76 (1980) S. 89 ff. Neben *Vogel* rechnet auch *Jäggi*, Grundlagen, S. 78/79, die vorsorglichen Massnahmen generell zum materiellen Recht.

27 *Vogel*, S. 92/93.

auf Rechtsschutz erfordere es, dass Gefährdungslagen schon vor einem rechtskräftigen Urteil abgewendet werden können. Es gehöre zum Rechtsschutz, dass nicht nur ein sekundärer Anspruch auf Ersatzleistung durchgesetzt werden könne, sondern der primäre Anspruch selbst. Ermöglichte das Bundesrecht die definitive Behebung von Gefährdungslagen durch Unterlassungs- und Feststellungsklagen, so müsse es auch eine vorläufige Behebung durch vorsorgliche Massnahmen vorsehen. Sonst könnte die Durchsetzung von Rechten des materiellen Bundesrechtes durch das Ungenügen des kantonalen Zivilprozessrechtes in Frage gestellt werden. Die materiell-rechtliche Natur der vorsorglichen Massnahmen hänge somit nicht davon ab, ob subjektive Privatrechte zu- oder aberkannt würden.

An dieser Argumentation ist zunächst grundsätzlich zu beanstanden, dass Vogel es unterlässt, zuerst die formell- bzw. materiell-rechtliche Natur der vorsorglichen Massnahmen zu ergründen und erst nachher eine Zuordnung zum Bundesrecht oder kantonalen Zivilprozessrecht vorzunehmen²⁸. Stattdessen schliesst er aus dem Umstand, dass das Bundesrecht nach seiner Ansicht einen vorläufigen Schutz materieller Rechte zulassen müsse, dass die vorsorglichen Massnahmen materiell-rechtlicher Natur seien. Diese Begründung überzeugt m.E. nicht. Es trifft zwar zu, dass das materielle Recht Mittel zur Abwehr drohender Gefahren zur Verfügung stellt, wie z.B. die Unterlassungsklage²⁹. Ebenso kann die Feststellungsklage dazu beitragen, eine Gefahrensituation zu beheben, indem Gewissheit über die materielle Rechtslage geschaffen wird³⁰. Diesen Rechtsbehelfen ist aber gemeinsam, dass dem jeweiligen Entscheid eine umfassende Klärung des Sachverhalts vorausgeht und deshalb die Rechtslage klar und endgültig festgestellt werden kann. Demgegenüber besteht beim Erlass von Sicherungsmassnahmen keine Gewissheit über die materielle Rechtslage. Zudem hält BGE 104 II 220 fest, dass der Richter gemäss Art. 8 ZGB grundsätzlich nicht auf bloss glaubhaft gemachte Tatsachen abstellen dürfe. Wären aber Sicherungsmassnahmen eine Einrichtung des materiellen Rechts, müsste (gemäss Vogel) ungeschriebenes Bundesrecht für Sicherungsmassnahmen eine generelle Ausnahme zum Grundsatz in Art. 8 ZGB postulieren. Eine so weitgehende Ausnahmebestimmung lässt sich aber sicher nicht daraus herleiten, dass definitive Rechtsbehelfe wie Unterlassungs- und Feststellungsklage zur Verfügung stehen. Vogel bemerkt aber auch, dass ohne Sicherungsmassnahmen oftmals "infolge des Ungenügens des kantonalen Rechts" eine Durchsetzung von materiellen Ansprüchen nicht möglich wäre. Damit liegt aber die Begründung des Erlasses von Sicherungsmassnahmen nicht mehr darin, dass das materielle Recht generell die Gefahrenabwehr zulasse, sondern in den Gefahren, die das ordentliche Rechtsschutzverfahren mit sich bringt. Damit fehlt es aber immer noch an einer Erklärung, weshalb die Sicherungsmassnahmen materiell-rechtlicher Natur sein sollen. Interessant ist in diesem Zusammenhang Vogels Bemerkung, dass es nicht darauf ankomme, ob durch vorsorgliche Massnah-

28 Wie später zu zeigen sein wird (vgl. unten S. 61), sind auch gewisse prozessuale Institute dem (formellen) Bundesrecht zuzuordnen.

29 Vgl. z.B. BGE 97 II 108.

30 Vgl. z.B. BGE 96 II 131.

men private Rechte zu- oder aberkannt werden. Da gerade dies in einem Teil der Doktrin als Merkmal des materiellen Rechts dient³¹, fragt es sich, welche Abgrenzungskriterien Vogel seiner Untersuchung zugrunde legt. M.E. bleibt er eine Antwort auf diese Frage schuldig. Dass Vogels Schlussfolgerungen nicht zutreffen können, zeigt sich aber auch noch in einem weiteren Punkt. Nach seinem Dafürhalten ist beim Erlass von Sicherungsmassnahmen das Prinzip der Verhältnismässigkeit durch den Richter zu beachten, was allgemein für hoheitliche Eingriffe gelte³². Beruht aber die Sicherungsmassnahme auf materiellem Bundesrecht, so ist nicht einzusehen, wo Raum für die Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bleibt. Der Richter hätte, wie in jedem Zivilprozess, das, wenn auch ungeschriebene, Bundesrecht *anzuwenden* und dabei allenfalls sein pflichtgemässes Ermessen auszuüben. Die Macht, verbindlich zu entscheiden, beruht zwar auf seiner hoheitlichen Gewalt, nicht aber der Entscheid selber. Es wäre aber dieser, der dem Prinzip der Verhältnismässigkeit unterliegen müsste. Die "materiell-rechtliche Natur" der Sicherungsmassnahmen steht also auch im Widerspruch zu den Vorschriften, die Vogel für die inhaltliche Ausgestaltung der Massnahmen vorschreibt.

Es ist demnach daran festzuhalten, dass die Sicherungsmassnahmen ihrem Wesen nach dem formellen Recht angehören. Hievon streng zu unterscheiden ist aber die Frage, welches ihre Wirkungen auf die ausserprozessual gedachte materielle Rechtslage sein können.

3. Die Wirkung der Sicherungsmassnahme auf die materielle Rechtslage

Ist zwar beim Erlass einer Sicherungsmassnahme nicht zu beurteilen, wie sich die von ihr geschaffene, aufrechterhaltene oder abgeänderte Lage³³ zum wirklich geltenden materiellen Recht verhält, so heisst das nicht, dass die materielle Rechtslage durch die Wirkungen der Sicherungsmassnahme unberührt bleibt³⁴. Welches diese Wirkungen sind, lässt sich erst nach Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens mit Sicherheit beurteilen. Beim Erlass der Sicherungsmassnahme hingegen ist jeweils der spätere Sieg des Klägers oder des Beklagten zu unterstellen. Wird der Kläger im Hauptprozess obsiegen, so stellt sich die Sicherungsmassnahme *in ihrer Wirkung* als vorzeitiger Schutz seiner materiellen Rechte heraus, sei es, dass diese nicht weiter verletzt wurden³⁵, sei es, dass der darauf beruhende Anspruch schon vorzeitig

31 So auch BGE 104 II 179.

32 Vogel, S. 98. Vgl. zum Prinzip der Verhältnismässigkeit im übrigen unten S. 112 ff.

33 In diesem Sinne kann, wie schon ZR 30, 124, von einem tatsächlichen Zustand gesprochen werden.

34 Meng, S. 28/29, betrachtet dies zu Unrecht als einen Widerspruch.

35 Z.B. durch die Sicherung der Urteilsvollstreckung. Die Nichterfüllung eines Anspruchs stellt ja an sich bereits eine Rechtsverletzung dar.

befriedigt wurde. Unterliegt dagegen der Kläger, so hat die Sicherungsmassnahme Verhältnisse geschaffen, die den Beklagten in seinen rechtlichen Möglichkeiten eingeschränkt haben, obwohl er gemäss dem materiellen Recht hätte frei handeln dürfen. Dass ihm daraus ein Schaden entstehen kann, liegt auf der Hand.

Insofern hat eine Sicherungsmassnahme immer Auswirkungen auf die Privatrechte der beteiligten Parteien³⁶ und insofern ist sie auch als eine riskante Anordnung zu bezeichnen³⁷. Diese materiell-rechtlichen Wirkungen sind aber kein spezifisches Wesensmerkmal der Sicherungsmassnahme. Vielmehr ist es unvermeidbar, dass "Prozessbestimmungen Folgen auf dem Gebiete des Bundesprivatrechts nach sich ziehen"³⁸, wie etwa das Institut der prozessualen Verwirkung oder die Entstehung einer (privatrechtlichen) Forderung auf Prozessentschädigung belegen³⁹.

IV. Die materiell-rechtliche Natur der Regelungsmassnahmen

Im Gegensatz zu den Sicherungsmassnahmen ordnen die Regelungsmassnahmen das materielle Rechtsverhältnis zwischen den Parteien unmittelbar und insofern endgültig, als hierüber in einem späteren ordentlichen Rechtsschutzverfahren nicht erneut entschieden wird. Damit greifen sie aber in die Beziehungen der Parteien ein, wie sie auch ohne Vermittlung der Rechtspflegeorgane bestehen; denn die Notwendigkeit der Regelung ergibt sich, wie oben dargetan⁴⁰, materiell nicht aus der notwendig langen Dauer eines ordentlichen Rechtsschutzverfahrens, sondern aus der Tatsache des Streites allein. Damit ist die Ausgangslage gleich wie bei jedem anderen "normalen" Prozess, und das mit der Regelungsmassnahme Angeordnete entspricht der vom materiellen Recht vorgezeichneten Lösung. Daraus folgt, dass sie materiell-rechtlicher Natur ist⁴¹. Dies wird besonders dort deutlich, wo die bestehende Ordnung zwischen den Parteien derart erschüttert ist, dass der Richter gestaltend eingreifen muss⁴²; dadurch werden unmittelbar neue Rechte und Pflichten zwischen den Parteien begründet.

Die Tatsache, dass bei gewissen Rechtsverhältnissen, wie z.B. der Ehe, die Parteien nicht frei verfügen können, spricht nicht gegen die hier vertretene Ansicht. Das Er-

36 Voyame, S. 108 und 165; Baur, Studien, S. 17; BGE 104 II 170; 51 III 194. Nur unter dem Gesichtspunkt der Wirkungen der Sicherungsmassnahme ist dem Entscheid ZR 70, 128 a.E. zuzustimmen, wonach sie materielle Streitverhältnisse regeln.

37 Hasenböhler, S. 13; Sormani, S. 185.

38 Guldener, Bundesprivatrecht, S. 7.

39 Vgl. dazu im übrigen Guldener, Bundesprivatrecht, S. 55 ff. sowie Meier, Iura, S. 8.

40 Vgl. oben S. 28 f.

41 Sträuli/Messmer, N 24 zu 222, sagen zwar, dass vorsorgliche Massnahmen *kraft Bundesrechts* ein streitiges Rechtsverhältnis ordnen können, sprechen sich aber über die Natur der Anordnung nicht aus. Bemerkenswert ist auch, dass schon ZR 30, 124 klar zwischen der Regelung von tatsächlichen Verhältnissen und Rechtsverhältnissen unterscheidet.

42 Hasenböhler, S. 24.

fordernis, ein Gestaltungsrecht durch Klage auszuüben, ändert seine materiell-rechtliche Natur nicht. Ebensowenig vermag z.B. der Umstand, dass Eheleute ihren gemeinsamen Haushalt erst nach Anhebung der Scheidungsklage ohne weiteres aufheben dürfen, die materiell-rechtliche Natur der Regelungsmassnahmen gestützt auf Art. 145 ZGB zu ändern. Abgesehen davon, dass der gemeinsame Haushalt schon durch ein Eheschutzverfahren aufgehoben werden kann, mithin schon dann eine Regelung notwendig ist, besteht die erwähnte Berechtigung nicht aus prozessualen, sondern aus menschlichen Gründen⁴³.

Regelungsmassnahmen gehören somit sowohl ihrem Wesen als auch ihrer Wirkung nach zum materiellen Recht.

V. Die Dringlichkeit als gemeinsames Wesensmerkmal der vorsorglichen Massnahmen

Die Dringlichkeit als Wesensmerkmal der vorsorglichen Massnahmen ist allgemein anerkannt⁴⁴. Sie ergibt sich unmittelbar aus den drohenden Gefahren, die die vorsorglichen Massnahmen abzuwehren haben. Da nun aber, wie dargetan, die abzuwehrenden Gefahren bei den Sicherungs- und Regelungsmassnahmen jeweils verschieden sind, beruht auch die Dringlichkeit auf verschiedenen Grundlagen.

Bei den Sicherungsmassnahmen besteht die Gefahr darin, dass der Beklagte bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens Handlungen vornehmen kann, die die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung für den Kläger vereiteln könnten; dies ist theoretisch immer möglich. Eine entsprechende Sicherung ist deshalb dann dringlich, wenn mit solchen Handlungen des Beklagten ernsthaft zu rechnen ist. Ob dies zutrifft, ist jeweils im konkreten Einzelfall anhand der tatsächlichen Gegebenheiten abzuklären.

Bei den Regelungsmassnahmen lässt sich die drohende Gefahr nicht so präzise umschreiben. Einerseits werden sie einzig durch die Tatsache des Streites um ein Rechtsverhältnis veranlasst. Andererseits ist es aber klar, dass nicht jeder Streit eo ipso ein rasches Eingreifen des Richters zur Folge haben kann. Es ist vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers (oder allenfalls des Richters in Anwendung von Art. 1 ZGB) zu bestimmen, welche Rechtsverhältnisse von so grosser Bedeutung sind, dass sich ein sofortiges Eingreifen rechtfertigt.

Beruht somit die Dringlichkeit der Regelungsmassnahmen auf einer Wertung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses, folgt sie bei den Sicherungsmassnahmen aus der Natur des Rechtsverwirklichungsprozesses.

43 Walder, Handbuch, S. 363; Walder anerkennt denn auch, dass Art. 145 ZGB materiellrechtliche Bedeutung zukommt (S. 364 Anm. 9).

44 Vgl. statt vieler BGE 97 I 481; SJZ 67 (1971) 143 sowie Leipold, Grundlagen, S. 11.

VI. Zusammenfassung

Die bisherigen Ausführungen dieses Kapitels haben gezeigt, dass es keinen monolithischen Begriff der vorsorglichen Massnahme gibt, wie vielfach bis heute angenommen wurde. Vielmehr sind zwei Gruppen vorsorglicher Massnahmen zu unterscheiden, die nach Zweck und Wesen grundsätzlich verschieden sind: Sicherungsmassnahmen und Regelungsmassnahmen.

Die Sicherungsmassnahmen schützen vor dem Verlust der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung materieller Rechte im Hinblick auf die Durchführung eines ordentlichen Rechtsschutzverfahrens und gehören ihrem Wesen nach zum formellen Recht. Die Regelungsmassnahmen dagegen sind insofern autonome Anordnungen, als sie die Beziehungen der an einem streitigen Rechtsverhältnis Beteiligten materiell ordnen, ohne dass hierüber in einem späteren ordentlichen Rechtsschutzverfahren nochmals zu entscheiden wäre; sie gehören deshalb zum materiellen Recht. Beiden Massnahmearten gemeinsam ist das Merkmal der Dringlichkeit.

Es ist aber folgendes hervorzuheben: Sicherungs- und Regelungsmassnahmen sind de lege lata klar unterscheidbar; sie sind "echte Erscheinungen" der Rechtsordnung. Dagegen ist sowohl ihre begriffliche Bezeichnung als auch ihre Zusammenfassung unter dem Oberbegriff vorsorgliche Massnahmen ein "dogmatischer Kunstgriff". Er ist zwar sprachlich vertretbar, aber juristisch nicht unbedingt zwingend⁴⁵. Die Sicherungs- und Regelungsmassnahmen sind deshalb anschliessend von denjenigen (wichtigsten) Instituten abzugrenzen, die in gewisser Hinsicht auch der "Vorsorge" dienen, dagegen unter Umständen nicht die charakteristischen Merkmale der Regelungs- und Sicherungsmassnahmen aufweisen.

45 Vgl. oben § 1 III.

§ 5 Abgrenzungsfragen

I. Die Beweissicherung

Das Institut der Beweissicherung ist ein eindrücklicher Beleg dafür, dass der Ausdruck "vorsorgliche Massnahme" mangels einer klaren Definition in der bisherigen Lehre und Rechtsprechung sprachlich zu weit ist und deshalb zu Missverständnissen führen kann. Es ist ohne weiteres klar, dass auch mit der Beweissicherung künftigen unerwünschten Entwicklungen vorgebeugt und damit also Vorsorge getroffen werden soll. Es soll vermieden werden, dass infolge der Aufschiebung der Beweisabnahme im ordentlichen Rechtsschutzverfahren ein Beweismittel gänzlich verlorengeht oder die Führung des Beweises sonstwie erheblich erschwert wird¹. Einige Autoren vermeiden es, in diesem Zusammenhang von vorsorglichen Massnahmen zu sprechen und verwenden stattdessen den Begriff einstweilige Verfügung². Gegen diese Begriffsverwendung ist an sich nichts einzuwenden, zumal sie andeutet, dass die richterliche Anordnung nur für einen bestimmten Zeitraum ihre Wirkung entfaltet; zur Abgrenzung gegenüber den vorsorglichen Massnahmen indessen trägt sie nichts bei. Angesichts dieser terminologischen Vielfalt ist es nicht verwunderlich, dass schon in älteren Gerichtsentscheiden die Sicherung von Beweismitteln einmal als vorsorgliche Massnahmen³, einmal ausdrücklich nicht als solche bezeichnet werden⁴. Zu dieser allgemeinen Verwirrung trägt noch bei, dass in gewissen Gesetzen sowohl die Sicherung von Beweisen als auch der Erlass "echter" vorsorglicher Massnahmen auf der gleichen Gesetzesbestimmung beruhen⁵.

Heute können wohl keine Zweifel mehr daran bestehen, dass die Beweissicherung nicht nur ein prozessuales Institut⁶, sondern auch scharf von den vorsorglichen Massnahmen im hier verstandenen Sinne zu trennen ist⁷. Dass die Beweissicherung nichts mit einer Regelungsmassnahme zu tun hat, liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Erläuterung. Bezüglich der Sicherungsmassnahme dagegen ist hervorzuheben, dass diese die *Möglichkeit der Rechtsverwirklichung* schützen. Demgegenüber schützt die Beweissicherung, wie schon ZR 60, 71 zutreffend hervorhob, die *Möglichkeit, den Beweis zu führen*. Ob diese Beweisführung schliesslich zu einem definitiven Rechtsschutz führen wird, ist gänzlich irrelevant, zumal der Richter in der Würdigung der Beweise frei bleibt. Zusammenfassend kann man also sagen, dass die Sicherungsmassnahme die Möglichkeit einer definitiven Verwirklichung materi-

1 ZR 58, 96.

2 Vgl. z.B. Guldener, Zivilprozessrecht, S. 576/577; Meier, Schaffhausen, S. 131; Baur, S. 97.

3 BGE 88 II 277/278; ZR 28, 146.

4 ZR 37, 57; 30, 124.

5 Vgl. z.B. Zürich 107 Ziff. 3 und PatG 77 Abs. 1.

6 Beachte aber die Besonderheiten bei der Editionsspflicht, die sich unter Umständen ausschliesslich auf das Privatrecht stützt; vgl. dazu BGE 82 II 555; 90 II 365; ZR 75, 77.

7 Vgl. vor allem die ausführliche Begründung in ZR 77, 50; sodann auch ZR 70, 128 sowie Meng, S. 19 und 20; Huth, S. 6/7.

eller Ansprüche zu sichern sucht, während sich die Beweissicherung mit der Sicherung der Möglichkeit der autoritativen Feststellung eines behaupteten Rechts begnügt.

II. Entzug und Erteilung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels

Der Entzug und die Erteilung der Suspensivwirkung eines Rechtsmittels haben in Gesetz, Lehre und Rechtsprechung durchwegs eine von den vorsorglichen Massnahmen getrennte Behandlung erfahren. Die Ähnlichkeit der beiden Institute ist jedoch unverkennbar⁸. Dies hat denn auch dazu geführt, dass vereinzelt Erteilung oder Entzug der Suspensivwirkung als vorsorgliche Massnahme bezeichnet⁹ oder wenigstens als solche betrachtet wurde¹⁰. Dazu kommt, dass in der Verwaltungsrechtspflege oftmals die Erteilung der aufschiebenden Wirkung in den Gesetzen als vorsorgliche Massnahme bezeichnet wird¹¹.

Die Ähnlichkeit des Suspensiveffektes zur vorsorglichen Massnahme besteht darin, dass damit einer Partei qualifizierte Nachteile erspart werden sollen, die infolge der Verzögerung der endgültigen Rechtsverwirklichung entstehen könnten; für den Entzug des Suspensiveffektes gilt das Entsprechende umgekehrt¹². Gleichwohl sind aber die Unterschiede deutlich. Während bei der Erteilung, bzw. beim Entzug der aufschiebenden Wirkung ein im ordentlichen Zivilprozess ergangenes Urteil bereits vorhanden ist¹³, braucht dies beim Erlass vorsorglicher Massnahmen durchaus nicht der Fall zu sein, sondern bildet vielmehr eine ausgesprochene Ausnahme^{13a}. Die Unterschiede werden noch deutlicher, wenn man sich Zweck und Wesen der Sicherungsmassnahme vor Augen hält¹⁴. Die Sicherungsmassnahmen schreiben dem Beklagten unabhängig von der noch festzustellenden materiellen Rechtslage ein Verhalten vor, um dem Kläger die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zu erhalten. Demgegenüber knüpfen die Erteilung oder der Entzug der aufschiebenden Wirkung unmittelbar an die im Prozessrecht vorgesehene Wirkung eines Rechtsmittels an. Dass der Betroffene danach eventuell zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen veranlasst wird, ist nicht Inhalt der Anordnung, sondern *Folge* der Vollstreckbarkeit oder

8 von Salis, S. 3.

9 Vgl. z.B. Meng, S. 1.

10 Vgl. z.B. BGE 95 I 380; 91 II 144.

11 Vgl. z.B. Art. 55 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 und dazu Gygi in ZBl. 77 (1976) S. 1 ff. sowie BGE 105 V 266; 99 I b 134; 98 V 222. Für Deutschland vgl. Leipold, Grundlagen, S. 38 ff.

12 von Salis, S. 36; Brüggenthaler, S. 3; Hablützel, S. 66, Baur, Studien, S. 23.

13 von Salis, S. 5; Brüggenthaler, S. 4; Ziegler, S. 112/113; Huth, S. 6.

13a So etwa, wenn erst eine Rechtsmittelinstanz die vorsorgliche Massnahme erlässt.

14 Dass die Erteilung, bzw. der Entzug der Suspensivwirkung mit einer Regelungsmassnahme nichts zu tun hat, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

Nichtvollstreckbarkeit des bereits gesprochenen Urteils. Es wurde deshalb auch zu Recht entschieden, dass die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. ihr Entzug nicht Gegenstand einer vorsorglichen Massnahme sein könne¹⁵. Beim Suspensiv-effekt geht es somit unmittelbar um die Frage der Rechtsverwirklichung an sich, während bei den Sicherungsmassnahmen lediglich die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung Gegenstand des Verfahrens ist. Es ist deshalb der Ansicht zuzustimmen, dass sich Erteilung, bzw. der Entzug der Suspensivwirkung und Sicherungsmassnahmen gegenseitig nicht ausschliessen¹⁶.

III. Der Besitzeschutz (Art. 927–929 ZGB)

Die Besitzeschutzklage (possessorische Klage) verleiht demjenigen, der über eine Sache die tatsächliche Gewalt ausübt, die Möglichkeit, sich gegen verbotene und eigenmächtige Eingriffe in den Besitz zur Wehr zu setzen¹⁷. Der Kläger hat somit einen materiellen Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes oder auf Beseitigung der Besitzesstörung. Die Besitzeschutzverfügung zielt unmittelbar und einzig auf die Verwirklichung dieses Anspruches und ist endgültig. Damit ist der Unterschied zu den Sicherungsmassnahmen eindeutig. Diese haben nämlich unmittelbar keinen materiellen Anspruch zum Gegenstand, sondern lediglich die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung eines behaupteten Anspruches. Aber auch mit den Regelungsmassnahmen haben die Besitzeschutzverfügungen nichts gemeinsam. Sie werden nicht zur Regelung eines Rechtsverhältnisses erlassen, im Gegenteil. Das dem Besitz zugrunde liegende Rechtsverhältnis ist für die Besitzeschutzverfügung selbst irrelevant; wesentlich ist nur die Tatsache des Besitzes. Besitzeschutzverfügungen sind demnach klar von den vorsorglichen Massnahmen zu trennen¹⁸. Die Besitzeschutzverfügungen können aber insofern als "provisorische" Anordnungen betrachtet werden, als durch sie das dem Besitz zugrunde liegende materielle Recht oder Rechtsverhältnis nicht berührt wird. Es ist somit möglich, dass durch den Besitzeschutz eine der materiellen Rechtslage widersprechende Situation geschaffen wird, die durch eine Besitzesrechtsklage korrigiert werden kann¹⁹.

Ist aber die Tatsache des Besitzes selbst streitig, so ist es durchaus denkbar, dass bis zum Entscheid über den Besitzeschutzanspruch eine "echte" Sicherungsmass-

15 Vgl. z.B. ZR 58, 87; SJZ 57 (1961) 207.

16 von Salis, S. 5. Für die Kriterien zur Erteilung bzw. den Entzug der aufschiebenden Wirkung vgl. im übrigen von Salis, S. 30 sowie ZR 65, 132.

17 Vgl. über die verschiedenen Bedeutungen des Wortes Besitz Meier-Hayoz, Systematischer Teil N 142 und daselbst am Ende die abweichende Meinung von Liver. Zum Besitzesbegriff vgl. weiter Stark, N 1 ff. zu Art. 919 ZGB und Tuor/Schnyder, S. 466 ff., beide mit weiteren Verweisen.

18 So auch Guldener, Zivilprozessrecht, S. 579 Anm. 26; Voyame, S. 168; ZbJV 114 (1978) 373.

19 Hablützel, S. 23; Guldener, Zivilprozessrecht, S. 579 Anm. 26.

nahme erlassen wird²⁰. Diese würde sich aber nicht auf die Art. 927–929 ZGB stützen, sondern wäre eine Anordnung zum Schutze der Möglichkeit der Verwirklichung des Besitzschutzes²¹.

IV. Der Arrest (Art. 271 ff. SchKG)

Der Arrest wird gemeinhin als Mittel zur Sicherung auf Geld oder Sicherheitsleistung gerichteter Ansprüche bezeichnet²². Er ermöglicht es, "im Inland gelegene, der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögensgegenstände unter besonderen Voraussetzungen (den Arrestgründen) überfallartig festzuhalten, zu sichern und dadurch einer kommenden Pfändung oder dem Konkursbeschlagnahme zuzuführen"²³. Durch Beschränkung der Verfügungsmacht des Schuldners wird verhindert, dass dieser das Vollstreckungsobjekt beseitigt und damit den Erfolg einer schon eingeleiteten oder erst bevorstehenden Zwangsexekution vereitelt, für welche die Voraussetzungen einer Pfändung oder der Aufnahme eines Güterverzeichnisses noch nicht gegeben sind²⁴.

Der Arrest wurde bislang regelmässig begrifflich von den vorsorglichen Massnahmen unterschieden. Zur Begründung wird angeführt, dass zur Vollstreckung und Sicherung von Geldleistungen das SchKG eine abschliessende Regelung getroffen habe, und deshalb gestützt auf kantonales Zivilprozessrecht kein Raum für vorsorgliche Massnahmen bestehe²⁵. Diese Abgrenzung beruht jedoch auf dem (formalen) Kriterium der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen gemäss Art. 64 Abs. 1 BV. Es mehren sich denn auch die Stimmen, wonach auch der Arrest eine vorsorgliche Massnahme sei, die aber kraft ausdrücklichen Bundesrechts besonders geregelt ist²⁶. Dieser letzteren Ansicht ist insofern zuzustimmen, als der Arrest sämtliche Merkmale der Sicherungsmassnahme in sich vereinigt. Dagegen ist er von den Regelungsmassnahmen zu unterscheiden.

Mit der Anordnung eines Arrestes spricht sich der Richter ebensowenig wie bei der Sicherungsmassnahme über den Bestand oder Nichtbestand des geltend gemachten Anspruches aus. Der Arrest beruht vielmehr auf dem Vorhandensein einer bestimmten Gefährdungssituation. Hat der Kläger gegen den Beklagten einen Anspruch auf Geldleistung, so beinhaltet dies auch das Recht, sich im Falle der Nichtleistung

20 In gleichem Sinne Guldener, Zivilprozessrecht, S. 579 Anm. 26; Hasenböhler, S. 12.

21 In gleichem Sinne Kummer, Grundriss, S. 267.

22 Vgl. statt vieler Meng, S. 24, sowie die dort in Anm. 34 zitierte Literatur und Rechtsprechung.

23 Fritzsche, Bd. 2, S. 200.

24 Amonn, S. 372.

25 Vgl. etwa Amonn, S. 378; Hasenböhler, S. 8 ff.; BGE 93 III 72; 85 II 196.

26 "Die wichtigste vorsorgliche Massnahme des Bundes ist der Arrest." (Voyame, S. 165). Vgl. auch Meier, Schuldbetreibung, S. 150; Huth, S. 3; Baur, Studien, S. 26.

27 von Tuhr/Peter, S. 17.

aus dem Vermögen des Schuldners bezahlt zu machen²⁷. Wird nun dem Gläubiger durch den Arrest dieses Haftungssubstrat gesichert, bevor die Berechtigung seiner Forderung endgültig feststeht, und dies sogar ohne Anhörung des Beklagten, so bedeutet das nichts anderes, als dass ihm die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung gesichert wird. Ob es schliesslich zu einer Rechtsverwirklichung kommen wird, muss sich erst noch im Arrestprosequierungsverfahren weisen²⁸. Wie schon bei den Sicherungsmassnahmen ist auch beim Arrest hervorzuheben, dass das Erfordernis der Glaubhaftmachung des behaupteten Anspruches noch nicht den Schluss zulässt, die Anordnung schütze den Anspruch auch nur vorläufig. Vielmehr soll damit erreicht werden, dass das Risiko einer dem (noch festzustellenden) materiellen Recht widersprechenden Anordnung möglichst klein gehalten wird. Im Unterschied zu den bisher betrachteten Sicherungsmassnahmen ist jedoch zu beachten, dass beim Arrest diejenigen Situationen, die als Gefährdung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zu betrachten sind, abschliessend in Art. 271 SchKG aufgezählt sind und nicht ausschliesslich in einem Verhalten des Beklagten bestehen müssen²⁹. Sodann ist natürlich auch, nebst den andern Spezialregeln im SchKG, zu beachten, dass das Bundesrecht abschliessend geregelt hat, welchen Ansprüchen die Möglichkeit der Verwirklichung durch den Arrest zu bewahren ist. Diese Unterschiede beruhen aber nicht auf der Verschiedenheit von Zweck und Wesen, sondern auf dem Vorrang des geschriebenen Bundesrechts³⁰.

28 Art. 278 SchKG.

29 So genügt es z.B., dass der Gläubiger einen Verlustschein oder der Schuldner seinen Wohnsitz im Ausland hat.

30 Zu den sich daraus ergebenden Konsequenzen vgl. unten S. 91 und 106 f.

ZWEITES KAPITEL

Die Interessenlage beim Erlass vorsorglicher Massnahmen

Erster Abschnitt:

Sicherungsmassnahmen

§ 6 *Der Interessenkonflikt*

Der Interessenkonflikt beim Erlass von Sicherungsmassnahmen ergibt sich einerseits aus der Natur der Anordnung und andererseits aus deren möglichen Wirkung im Verhältnis zur materiellen Rechtslage.

Der Kläger hat von seinem Standpunkt aus gesehen ein vordringliches Interesse daran, dass der Beklagte nicht während der Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens eine die Verwirklichung des behaupteten materiellen Anspruchs bedrohende Handlung vornimmt. Das hierauf beruhende Bedürfnis nach einer Sicherungsmassnahme bedroht aber andererseits, wie schon angedeutet¹, die Verwirklichung der rechtlichen Interessen des Beklagten, indem, nach seiner Ansicht, die Sicherungsmassnahme in ihrer Wirkung der materiellen Rechtslage widersprechen würde². Wird nun dem Kläger der Erlass einer Sicherungsmassnahme verweigert und stellt sich heraus, dass sein behaupteter Anspruch trotz seiner Bestätigung im Endurteil nicht verwirklicht werden kann, so muss er, richtig betrachtet, als Opfer der notwendig langen Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens angesehen werden; denn nur diese Verzögerung erlaubte es dem Beklagten, in der Zwischenzeit die Rechte des Klägers zu verletzen. Wird dagegen nach Erlass einer Sicherungsmassnahme der klägerische Anspruch im Haupturteil verworfen, so wurde dem Beklagten für die Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens ein Verhalten aufgezwungen, zu dem er gemäss materiellem Recht nicht verpflichtet gewesen wäre³. Im einen wie

1 Vgl. oben S. 25.

2 In gleichem Sinne Stamm, S. 49.

3 Troller, Haftung, S. 22; Hasenböhler, S. 13. Davon zu unterscheiden sind diejenigen Fälle, in denen der klägerische Anspruch im Haupturteil zwar bestätigt, der Beklagte aber durch die Sicherungsmassnahme zu einem Verhalten gezwungen wurde, das über das hinausgeht, was der Kläger angesichts seiner materiellen Berechtigung überhaupt vom Beklagten verlangen konnte. Auch hier schuf die Sicherungsmassnahme eine Situation, die der materiellen Rechtslage widerspricht. Anders dagegen ist, dass dadurch nicht der Erlass der Sicherungsmassnahme als solche desavouiert wird, sondern lediglich ihre inhaltliche Ausgestaltung. Die Frage, ob dem Kläger Sicherung zu gewähren ist, ist somit von derjenigen, wie dies zu geschehen hat, zu trennen; vgl. dazu unten § 13.

im anderen Fall können dem Betroffenen schwere Nachteile entstehen. Insbesondere das Interesse des Beklagten am Nichterlass einer Sicherungsmassnahme erschöpft sich regelmässig nicht darin, für die Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens vom Kläger unbehelligt zu bleiben⁴. Wird z.B. dem Beklagten für eine Dauer von mehreren Jahren Herstellung und Vertrieb seines wichtigsten Produkts verboten, weil dies vermeintlich die Patentrechte des Klägers verletzen würde, so ist ohne weiteres klar, dass dem Beklagten damit die Existenzgrundlage entzogen werden kann⁵. Der Beklagte kann somit Interessen haben, die denjenigen des Klägers an der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung durchaus gleichwertig sind⁶. Beim Entscheid über Sicherungsmassnahmen tritt somit die der Rechtspflege ohnehin schon immanente Spannung zwischen "richtigem und raschem Recht" besonders deutlich hervor⁷.

Aus der Natur der Sicherungsmassnahme ergibt sich sodann, dass sie keine verbindliche Aussage über die materielle Rechtslage machen kann, zunächst weil diese gar nicht Gegenstand des Massnahme-, sondern des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens ist, und zudem weil infolge der zeitlichen Dringlichkeit schon aus praktischen Gründen keine eingehende Prüfung der klägerischen Behauptungen möglich ist. Daraus folgt, dass beim Entscheid über den Erlass von Sicherungsmassnahmen der erwähnte *Konflikt* zwischen schnellem und richtigem Recht *unlösbar* ist. Es muss vielmehr bewusst in Kauf genommen werden, dass mit der Gewährung oder Verweigerung der Sicherung eine dem materiellen Recht widersprechende Lage geschaffen werden kann⁸. Damit drängt sich aber die Frage auf, wer das Risiko einer solchen möglichen "Fehlentscheidung" und die damit verbundenen Nachteile zu tragen hat. Diese Frage ist identisch mit derjenigen nach den Voraussetzungen zum Erlass von Sicherungsmassnahmen und ist im nächsten Kapitel zu behandeln⁹. Vorerst soll aber ein Überblick darüber gegeben werden, wie der beschriebene Konflikt im positiven Recht wenn auch nicht gelöst, so doch gemildert wird.

4 Entgegen der Ansicht Uebes, S. 17/18, besteht deshalb das Interesse des Beklagten nicht lediglich in der "Wahrung aller Förmlichkeiten durch das Gericht". Vgl. immerhin ZR 47, 78 als ein Beispiel, in dem das Gericht anhand der konkreten tatsächlichen Verhältnisse zum Schluss kam, dass dem Beklagten durch eine Beschlussnahme keinerlei Nachteile erwachsen würden.

5 Ein ähnlicher Sachverhalt lag BGE 94 I 8 ff. zugrunde.

6 Dazu kommt, wie Baur, Studien, S. 100, zutreffend bemerkt, dass die Sicherungsmassnahmen dazu missbraucht werden können, den Beklagten durch lang andauernde und einschneidende Anordnungen gefügig zu machen, so dass er auf die Austragung des Rechtsstreites im ordentlichen Verfahren verzichtet.

7 Kehl, S. 49; Hasenböhler, S. 7.

8 Ziegler, S. 8.

9 Vgl. unten § 10.

§ 7 Die Milderung des Interessenkonflikts

I. Die Gewährleistung der Raschheit der Entscheidung

1. Das summarische Verfahren

Alle Prozessordnungen stellen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen ein abgekürztes und deshalb besonders rasches Verfahren zur Verfügung, das seinem Wesen nach ein summarisches Verfahren darstellt¹. Dieses ist gekennzeichnet durch die Beschränkung der Beweismittel und die Vereinfachung des formellen Vorgehens überhaupt².

2. Das Glaubhaftmachen

Das summarische Verfahren als solches genügt nicht, um eine hinreichend rasche Entscheidung zu gewährleisten. Insbesondere würde ein strikter Beweis, wie er für gewisse Anordnungen auch im summarischen Verfahren verlangt wird, zu unannehmbaren Verzögerungen führen; im weiteren könnte er wegen der häufigen Beschränkung der Beweismittel vielfach auch gar nicht erbracht werden. Es ist deshalb allgemein vorgesehen, dass alle für den Erlass von Sicherungsmassnahmen relevanten Tatsachen lediglich glaubhaft zu machen sind³.

a) Begriff

Das Glaubhaftmachen ist eine Abart des Beweises. Es steht im Gegensatz zum sog. strikten Beweis und unterscheidet sich von diesem durch die Beweisintensität⁴. Ab-

1 Vgl. etwa Aargau 245 ff., wo die vorsorglichen Massnahmen in einem Befehlsverfahren zu erlassen sind, das neben dem summarischen Verfahren geregelt ist. Ungeachtet dieser Unterscheidung sind beide Verfahren summarischer Natur. In Zürich 204 ff. verhält es sich gerade umgekehrt; hier bildet das Befehlsverfahren, in welchem vorsorgliche Massnahmen vor Anhängigmachung des Hauptprozesses zu erlassen sind, auch formell einen Bestandteil des summarischen Verfahrens.

2 Gemäss ZR 77, 138 haben in Zürich aber auch beim Erlass von Sicherungsmassnahmen die Parteien Anspruch auf zwei Parteivorträge. Dieser unbedingte Anspruch führt m.E. zu einer unerwünschten Verzögerung des Massnahmeverfahrens; eine bessere Lösung wäre es, die Durchführung einer Replik und Duplik dem Ermessen des Richters zu überlassen. Vgl. im übrigen für das summarische Verfahren im einzelnen Guldener, Zivilprozessrecht, S. 584 ff. und Walder, Handbuch, S. 409 ff., beide mit weiteren Verweisen auf Lehre und Rechtsprechung, sowie Kummer, Grundriss, S. 252 ff.

3 Vgl. statt vieler BGE 104 I a 408 ff.; 97 I 487; ZR 47, 96. Vgl. zur Rolle des Glaubhaftmachens für die Gewährleistung der Richtigkeit der Entscheidung unten S. 54 f.

4 Sträuli/Messmer, N 6 zu 148 ZPO.

solute Gewissheit vermittelt auch der strikte Beweis nicht. Er gilt deshalb schon dann als erbracht, wenn der Richter von den zu beweisenden Tatsachen überzeugt, d.h. mit der Möglichkeit des Gegenteils vernünftigerweise nicht mehr zu rechnen ist⁵. Anders das Glaubhaftmachen. Es erfordert keine volle Überzeugung des Richters, sondern ist schon dann gegeben, wenn für die Richtigkeit der behaupteten Tatsachen eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, aber trotzdem mit der Möglichkeit gerechnet wird, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten⁶. Dieser geringere Grad der Überzeugung bildet sich beim Richter aufgrund objektiver Anhaltspunkte, wozu nicht nur die gesetzlichen Beweismittel zu zählen sind, sondern auch etwa die Glaubwürdigkeit des Beweisführers und die Plausibilität seiner Ausführungen⁷. Eine derart glaubhaft gemachte Tatsache besitzt den Anschein ihrer Richtigkeit⁸.

b) Der Grad der Glaubhaftmachung

Der Begriff der Glaubhaftmachung ist zwangsläufig weit, so dass darin die verschiedensten Beweisintensitäten Platz finden können. Für die bereits erwähnten Sicherungsmassnahmen nach zürcherischer ZPO, mit welchen der unmittelbare Streitgegenstand vor Veränderungen geschützt werden soll⁹, muss der Kläger lediglich glaubhaft dartun, dass die Möglichkeit einer Veränderung besteht. Umgekehrt fordert die Lehre für gewisse Fälle einen Grad der Glaubhaftmachung, der fast einem strikten Beweis gleichzusetzen ist¹⁰. In der Regel hält aber die Rechtsprechung fest, dass die Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht übermässig erschwert werden sollen¹¹. Welches Mass der Wahrscheinlichkeit im Einzelfall zu fordern ist, hat der Richter nach pflichtgemäsem Ermessen zu entscheiden¹².

5 Kummer, Grundriss, S. 134.

6 Guldener, Zivilprozess, S. 323 Anm. 27; Kummer, Grundriss, S. 134; ZR 69, 103.

7 Sträuli/Messmer, N 10 zu 110; Guldener, Zivilprozessrecht, S. 323 Anm. 28; Hasenböhler, S. 32; BGE 88 I 14.

8 Leuch, N 2 zu 219; Meng, S. 66; Sormani, S. 130; ZR 52, 36.

9 Vgl. oben S. 21 Anm. 9.

10 Vgl. Blum/Pedrazzini, Anm. 4 zu Art. 77 PatG, S. 656, die gar einen strikten Beweis verlangen. Diese Ansicht widerspricht aber offensichtlich dem klaren Wortlaut des Gesetzes.

11 Vgl. z.B. BGE 99 II 347.

12 ZR 69, 103, S. 275. Von Bühren, N 5 zu Art. 9–12 UWG, hält dafür, dass, je einschneidender die beantragte Massnahme sei, desto mehr sich die Glaubhaftmachung dem Beweis nähern müsse. So auch teilweise die deutsche Lehre; vgl. die bei Leipold, Grundlagen, S. 23 Anm. 24, zit. Autoren.

3. Sicherungsmassnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei

a) Superprovisorische Massnahmen

Die überwiegende Mehrzahl der Prozessgesetze ermöglicht den unverzüglichen Erlass von Sicherungsmassnahmen, indem bei Vorliegen besonderer Dringlichkeit ohne Anhörung der Gegenpartei sog. superprovisorische Massnahmen ergehen können¹³. Eine besondere Dringlichkeit besteht namentlich dann, wenn der Beklagte unmittelbar im Begriffe steht, die befürchteten Handlungen vorzunehmen oder diese bereits vornimmt. Sodann ermöglicht die superprovisorische Massnahme ein überfallartiges Vorgehen, wenn der Beklagte erst durch die Kenntnis des gegen ihn eingeleiteten Verfahrens zu einer den Kläger benachteiligenden Handlung veranlasst würde.

Da mit der superprovisorischen Massnahme der Grundsatz des rechtlichen Gehörs durchbrochen wird, ist der Gegenpartei wenigstens nachträglich die Gelegenheit zu geben, sich zu äussern, und der Richter muss darauf nötigenfalls die Massnahme ändern oder ergänzen können. § 110 Abs. 2 der zürcherischen ZPO bestimmt deshalb, dass dem Beklagten eine Frist zur Beantwortung des Massnahmegesuchs einzuräumen ist, worauf der Richter über die Beibehaltung der superprovisorischen Massnahme zu entscheiden hat. Stattdessen kann dem Beklagten auch eine Frist zur Einsprache gegen die superprovisorische Verfügung eingeräumt werden, verbunden mit der Androhung, dass es bei unbenutztem Ablauf derselben bei der erlassenen Massnahme bleibe. In beiden Fällen bleibt die superprovisorische Massnahme solange in Kraft, bis über die "normale" Sicherungsmassnahme entschieden ist¹⁴.

13 Vgl. ZR 77, 9, wo eine superprovisorische Massnahme mangels besonderer Dringlichkeit abgelehnt wurde. Statt "superprovisorische Massnahmen" begegnet man auch Ausdrücken wie vorläufige Verfügungen oder vorläufige Anordnungen (Zürich 110 Abs. 2). Die Kantone Appenzell-Ausserrhoden, Thurgau und Zug erwähnen keine superprovisorische Massnahmen in ihren Zivilprozessordnungen.

14 Sträuli/Messmer, N 35 zu 110. M.E. sind aber im Kanton Zürich erlassene superprovisorische Massnahmen gestützt auf § 229 ZPO abänder- oder aufhebbar, da die Einsprache des Gesuchsgegners keine aufschiebende Wirkung hat und die Massnahme deshalb mit Ausfällung vollstreckbar wird. Die Anwendung von § 229 wird sich allerdings nur in seltenen Fällen aufdrängen, da die Zeitspanne zwischen dem Erlass der superprovisorischen und der Sicherungsmassnahme in der Regel sehr kurz ist. Immerhin ist es denkbar, dass sich unmittelbar nach dem Eingang der Gesuchsantwort bzw. der Einsprache die offensichtliche Unrichtigkeit der angeordneten Massnahme ergibt. Möglich ist auch, dass sich die Umstände bis zum Erlass der vorsorglichen Massnahme stark ändern und eine sofortige Anpassung der superprovisorischen Massnahme nötig ist. Sowohl Kläger wie auch Beklagter können einen Antrag auf Abänderung oder Aufhebung stellen; gegebenenfalls kann der Richter auch von Amtes wegen vorgehen (so Sträuli/Messmer, N 2 zu 229). Es bleibt aber festzuhalten, dass § 229 nur analog auf die superprovisorischen Massnahmen anzuwenden ist und nur dann zum Zuge kommen sollte, wenn die Voraussetzungen offensichtlich vorliegen. Etwa eine zusätzliche Verhandlung über einen Abänderungsantrag durchzuführen, wäre sinnlos; dagegen ist in jedem Fall über die Sicherungsmassnahme ein Entscheid zu fällen. Wurde die superprovisorische Massnahme in der Zwischenzeit aufgehoben, braucht es allerdings einen neuen Antrag seitens des Klägers.

Es ist aber zu beachten, dass § 110 der zürcherischen ZPO den Erlass von Sicherungsmassnahmen nach Anhängigmachung des Hauptprozesses regelt. Daraus wurde der Schluss gezogen, dass Sicherungsmassnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei vor Anhängigmachung des Hauptprozesses gestützt auf § 224 ZPO zu erlassen sind¹⁵.

b) Sog. provisorische Befehle und Verbote
gemäss § 224 zürcherische ZPO

§ 224 Abs. 1 lautet: "Macht der Kläger die Berechtigung glaubhaft, kann dem Begehren auf seinen Antrag ohne Anhörung des Beklagten entsprochen werden." Im Gegensatz zu den oben behandelten superprovisorischen Massnahmen fällt hier das Erfordernis einer besonderen Gefährdung weg¹⁶. Dem Beklagten wird sodann Frist zur Einsprache gegen die Verfügung angesetzt. Während dieser Zeit bleibt der Vollzug aufgeschoben, es sei denn, der Richter ordne gestützt auf § 110 Abs. 2 das Gegenteil an¹⁷. Solche provisorische Verfügungen wurden bereits unter der Herrschaft der alten Zivilprozessordnung vom 13. April 1913 durch die Gerichte in Weiterentwicklung des § 296 zugelassen¹⁸.

Es fällt schwer, in den provisorischen Verfügungen gemäss § 224 Sicherungsmassnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei gewissermassen das Pendant zu § 110 Abs. 2 zu sehen. Ist nämlich keine besondere Gefahr erforderlich, so fragt es sich, wozu die provisorische Verfügung überhaupt dient. Gemäss ZR 55, 73 ist sie ein Mittel, um auf schnellstem Wege Vollstreckung zu verlangen, jedoch unter Vorbehalt der Einsprache. Demnach wären also materielle Ansprüche Gegenstand der Verfügung¹⁹. Dies widerspricht aber offensichtlich der hier vertretenen Ansicht, dass Sicherungsmassnahmen nicht materielle Ansprüche, sondern den Schutz der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zum Gegenstand haben²⁰. Der Wortlaut des § 224 zwingt aber m.E. nicht zum Schluss, dass lediglich materielle Ansprüche Gegenstand der provisorischen Verfügungen sein können. Der Paragraph spricht nämlich lediglich von "Berechtigung", worunter auch die Berechtigung zum Erlass einer Sicherungsmassnahme im hier umschriebenen Sinne verstanden werden könnte. Unterstellt man einmal die Richtigkeit dieser Argumentation, so ist es aber schlicht unverständlich, weshalb die provisorischen Verfügungen erst noch mit einer speziellen Anordnung gestützt auf § 110 Abs. 2 unverzüglich in Kraft gesetzt werden müssen. Sinn und Zweck der superprovisorischen Massnahme ist es ja gerade, sofort wirksam zu sein. Dazu kommt, dass bei Anordnungen gemäss § 110 Abs. 2 eine besondere Dringlichkeit, d.h. eine besondere Gefahr glaubhaft sein muss; damit entfällt der in § 224 beabsichtigte Vorteil des Klägers, lediglich seine Berechtigung glaubhaft

15 Walder, Handbuch, S. 364; Haubensak, S. 73.

16 Sträuli/Messmer, N 2 zu 224.

17 § 224 Abs. 3; Sträuli/Messmer, N 4 und 7 zu 224.

18 Vgl. z.B. ZR 55, 73.

19 So auch Sträuli/Messmer, N 2 zu 225 a.E.

20 Vgl. oben S. 21 ff.

machen zu müssen. Der Widersprüche sind m.E. zuviele, als dass provisorische Verfügungen gemäss § 224 mit superprovisorischen Massnahmen im Sinne von § 110 Abs. 2 gleichgesetzt werden können²¹. Zudem wird noch in anderem Zusammenhang nachzuweisen sein²², dass es bundesrechtswidrig wäre, Sicherungsmassnahmen lediglich gestützt auf einen glaubhaft gemachten Anspruch zu erlassen.

Das Problem der superprovisorischen Massnahmen vor Anhängigmachung des Hauptprozesses sollte m.E. dadurch gelöst werden, dass auf die allgemeine Verweisung des § 204 ZPO zurückgegriffen wird. Danach sind auf das summarische Verfahren die Teile I und II der ZPO, also auch § 110 Abs. 2, sinngemäss anzuwenden, soweit nicht der Teil III über das summarische Verfahren anderes bestimmt. Da nach dem oben gesagten § 224 keine lex specialis zum § 110 Abs. 2 enthält, würde dies bedeuten, dass Sicherungsmassnahmen gestützt auf § 222 Ziff. 3 in Anwendung von § 110 Abs. 2 ohne Anhörung der Gegenpartei erlassen werden können.

4. Generelle Verbote als Präventivmassnahme

Gewisse Zivilprozessordnungen²³ sehen als Folge der Rechtshängigkeit ein generelles Verbot vor, den Streitgegenstand zu verändern. Sofern eine solche Veränderung die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung für den Kläger bedrohen würde, kann das Verbot als präventiver Schutz wirken, wenn der Beklagte es kennt und auch willens ist, danach zu handeln. Zudem ist die Durchsetzung des Verbotes durch Erlass von Sicherungsmassnahmen insofern erleichtert, als z.B. gemäss zürcherischer Praxis der Kläger seinen behaupteten Anspruch nicht glaubhaft zu machen hat, sondern es genügt, dass er nicht offensichtlich unbegründet ist²⁴.

Ob allerdings solche Verbote und der daraus folgende erleichterte Erlass von Sicherungsmassnahmen vor dem Bundesrecht standhalten, ist eine andere Frage und später zu prüfen²⁵.

21 Auch die Gerichte scheinen sich über das Verhältnis von § 224 und 110 nicht im klaren zu sein, wie aus der nachfolgend vollständig (!) wiedergegebenen Begründung im unveröffentlichten Entscheid vom 19. Dezember 1980 des Bezirksgerichtes Zürich betreffend Erlass einer superprovisorischen Massnahme hervorgeht: "In Erwägung, dass die angeehrte Massnahme der Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes dient und der Klageanspruch nicht offensichtlich unbegründet ist, in Anwendung von §§ 222 Ziff. 3, 224, 110 ZPO ..."

22 Vgl. unten S. 68 f. und § 10.

23 Vgl. für Zürich § 107 Ziff. 3 ZPO.

24 Sträuli/Messmer, N 9 zu 110.

25 Vgl. unten S. 82 f.

II. Die Gewährleistung der Richtigkeit der Entscheidung

1. Allgemeines

Der Erlass einer Sicherungsmassnahme kann in dreierlei Hinsicht "falsch" sein: Zunächst kann es beim Erlass am Vorhandensein einer Voraussetzung gefehlt haben. Welches diese Voraussetzungen im einzelnen sind, ist später zu behandeln. Hier bleibt lediglich festzuhalten, dass der Kläger das Vorhandensein der Voraussetzungen zumindest glaubhaft zu machen hat²⁶. Sodann kann der durch die Sicherungsmassnahme geschaffene Zustand der später festzustellenden materiellen Rechtslage widersprechen, weil der behauptete Anspruch des Klägers nicht besteht. Um dieses Risiko möglichst klein zu halten, wird regelmässig verlangt, dass der Kläger seinen behaupteten materiellen Anspruch glaubhaft macht. Dadurch wird dieser nicht Gegenstand der Sicherungsmassnahme²⁷; vielmehr wird dadurch, gewissermassen als flankierende Massnahme, das Risiko eines Fehlentscheides vermindert. Schliesslich kann auch eine inhaltlich falsche Anordnung ergehen. Inwiefern der Kläger für die Beantragung der inhaltlich richtigen Sicherungsmassnahme verantwortlich ist, ist später zu erläutern²⁸.

2. Das Glaubhaftmachen des behaupteten materiellen Anspruches

Dem Glaubhaftmachen des materiellen Anspruches wird in der Praxis grosse Bedeutung zugemessen, da einzig dadurch das Risiko einer dem materiellen Recht widersprechenden Sicherungsmassnahme vermindert werden kann²⁹. "Glaubhaft zu machen sind diejenigen Tatsachen, aus denen der Gesuchsteller seinen Anspruch ableitet³⁰." Nicht einheitlich beantwortet wird die Frage, ob der Richter aufgrund der glaubhaft gemachten Tatsachen die rechtliche Begründetheit des Anspruchs restlos zu prüfen hat. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass es umstritten sei, ob sich die Glaubhaftmachung auch auf die rechtliche Begründetheit des Anspruchs beziehe³¹. Diese Fragestellung ist missverständlich. Der Gesuchsteller hat ausschliesslich Tatsachen glaubhaft zu machen³², während es Aufgabe des Richters ist, die entsprechenden Rechtssätze auf den dargelegten Sachverhalt zur Anwendung zu bringen; auch beim Erlass von Sicherungsmassnahmen gilt der Grundsatz "iura novit curia".

26 Walder, Handbuch, S. 365; zu den Voraussetzungen vgl. unten § 10.

27 Vgl. oben S. 20 f.

28 Vgl. unten S. 116 ff.

29 Vgl. für Zürich ZR 76, 38; 71.99ggg; 68, 105; 55, 3.

30 Sträuli/Messmer, N 7 zu § 110 und N 26 zu § 222.

31 BGE 88 I 14.

32 Vogel, S. 96/97.

Fragen kann sich aber, ob die richterliche Prüfung eine umfassende³³ oder nur eine summarische³⁴ sein soll; ist letzteres der Fall, so fragt sich weiter, ob es genügt, dass der materielle Anspruch nicht offensichtlich unbegründet ist³⁵ oder ob höhere Anforderungen zu stellen sind³⁶.

Der Zweck der Sicherungsmassnahme, einen sofort wirksamen Schutz zu gewährleisten, legt eine lediglich summarische Prüfung durch den Richter nahe. Würde man den Richter zwingen, eine umfassende Prüfung vorzunehmen, d.h. beispielsweise die gesamte Literatur und Rechtsprechung zu einer streitigen Rechtsfrage beizuziehen, so würde dies zu einer unerwünschten und zudem auch zwecklosen Verzögerung des Verfahrens führen. Zwecklos wäre sie deshalb, weil auch eine umfassende rechtliche Würdigung lediglich auf glaubhaft gemachten Tatsachen fussen würde. Die summarische Prüfung bedeutet aber umgekehrt nicht, dass die richterliche Rechtsanwendung zwangsläufig unsorgfältig oder lückenhaft ist. Der Richter ist durchaus in der Lage, unter einem engeren Blickwinkel eine materiell-rechtlich vertretbare Lösung zu finden, ohne aber auszuschliessen, dass eine spätere, eingehendere Würdigung zu einem anderen Resultat führen kann. Es erscheint deshalb unzweckmässig, bloss zu fordern, der materielle Anspruch dürfe nicht offensichtlich unbegründet sein. Wenn damit gesagt sein soll, die Unbegründetheit des materiellen Anspruchs müsse dem Richter gewissermassen in die Augen springen, so ist das unzutreffend. Der Richter hat vielmehr eine den zeitlichen Bedürfnissen des Einzelfalles angepasste, aber gleichwohl sorgfältige rechtliche Würdigung vorzunehmen. So betrachtet, kann auch bei der summarischen Prüfung von einer — für den gegebenen Zeitpunkt — restlosen Prüfung gesprochen werden³⁷.

III. Die Eindämmung der Folgen einer unrichtigen Sicherungsmassnahme

Die bereits erwähnte Tatsache, dass der Konflikt zwischen einem raschen und einem richtigen Entscheid infolge der Natur der Sicherungsmassnahmen nie vollständig gelöst werden kann, ruft nach geeigneten Mitteln, um die nachteiligen Folgen einer eventuellen Fehlentscheidung wenigstens teilweise wiedergutzumachen.

33 So Leuch, N 3 zu 326; Meng, S. 30; BGE 69 II 127.

34 So Sträuli/Messmer, N 7 zu 110; Hasenböhler, S. 34; Huth, S. 55; BGE 97 I 486; 96 I 301; ZR 47, 96.

35 So Vogel, S. 96/97; Gschwend, S. 68; ZR 65, 122.

36 ZR 76, 38, sagt, dass bei Sicherungsmassnahmen im Rahmen des UWG das Fehlen der offensichtlichen Unbegründetheit des materiellen Anspruches nicht genüge.

37 Der in BGE 69 II 127 getroffenen Feststellung ist an sich zuzustimmen, wonach derjenige, der solche Tatsachen behauptet, aus denen das geltend gemachte Recht nicht abgeleitet werden kann, dieses Recht nicht glaubhaft macht. Doch lässt sich daraus nichts gegen eine summarische Prüfung ableiten.

1. Die Sicherheitsleistung

a) Die Sicherheitsleistung des Klägers

Sind die Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen gegeben, so sind diese anzuordnen, gleichgültig, wie schwer sie den Beklagten treffen³⁸. Aus diesem an sich harten Vorgehen hat aber die Gerichtspraxis seit jeher den Schluss gezogen, dass der Kläger immer dann eine angemessene Sicherheit zu leisten hat, wenn dem Beklagten durch die allenfalls falsche Massnahme ein Schaden entstehen kann³⁹. Was unter einer angemessenen Sicherheitsleistung zu verstehen ist, entscheidet sich anhand der konkreten Umstände im Einzelfall. Als Grundregel kann davon ausgegangen werden, dass die Sicherheitsleistung den zu erwartenden Schaden voll decken muss⁴⁰.

b) Die Sicherheitsleistung des Beklagten

Bisweilen sehen die Gesetze vor, dass der Beklagte die beantragte Sicherungsmassnahme abwenden kann, indem er seinerseits angemessene Sicherheit leistet⁴¹. Genau gesehen handelt es sich bei dieser Regelung nicht um ein Mittel zur Eindämmung der Folgen einer falschen Sicherungsmassnahme, da ja gar keine erlassen wird. Es geht vielmehr darum, das Schutzbedürfnis des Klägers in der für den Beklagten angenehmsten Art und Weise zu befriedigen. Dies wird zum vornherein nur dann möglich sein, wenn der Kläger mit seinem behaupteten materiellen Anspruch rein finanzielle Interessen verfolgt, und es ihm mithin wenig ausmacht, ob er seinen Anspruch real verwirklichen kann oder ob er eine entsprechende Ersatzleistung erhält⁴². Von einer Sicherungsmassnahme wird aber erst dann abgesehen, wenn die Sicherheit tatsächlich geleistet, und nicht schon, wenn sie angeboten wurde⁴³.

2. Die Haftung des Klägers für unrichtige Sicherungsmassnahmen

Dass der Beklagte, der durch eine zu Unrecht erlassene Sicherungsmassnahme zu Schaden kam, vom Kläger soll Ersatz fordern können, leuchtet schon aus Billig-

38 Vgl. BGE 94 I 11, wo dieser Grundsatz für Sicherungsmassnahmen zum Schutze von Patenten ausgesprochen ist; Strauli/Messmer, N 12 zu 110, übernehmen ihn zu Recht für alle Sicherungsmassnahmen.

39 BGE 99 II 347; 94 I 11; ZR 67, 41; 26, 220; 10, 6. Selbstverständlich ist, dass der zu erwartende Schaden mit der Anordnung der Sicherungsmassnahme kausal sein muss (ZR 33, 7).

40 Vgl. Strauli/Messmer, N 37 zu 110. Beachte aber die Schranken hiezu unten S. 84 ff.

41 Vgl. z.B. St. Gallen 392; Zürich 227 Abs. 2.

42 Vgl. im übrigen dazu unten S. 85.

43 So BGE 103 II 294.

keitsgründen ein. Als Haftungsgrundlage bietet sich zunächst die allgemeine Norm von Art. 41 OR an⁴⁴. Die Schwierigkeit besteht jedoch darin, im Erwirken einer ungerechtfertigten Sicherungsmassnahme ein widerrechtliches Verhalten zu sehen. Die Praxis hat sich grundsätzlich auf den Standpunkt gestellt, dass es jedermann gestattet sei, zur Beurteilung rechtlicher Interessen die Gerichte anzurufen. Wird der Schutz später verweigert, so macht dies die anfängliche Anrufung des Gerichtes als solche nicht widerrechtlich⁴⁵. Eine Ausnahme sei lediglich dann zu machen, wenn der Kläger keine sachlichen Gründe für die Erwirkung einer Sicherungsmassnahme hatte, bzw. nicht in guten Tréuen annehmen durfte, dass die Voraussetzungen für den Erlass gegeben waren⁴⁶.

Bedenkt man zudem, dass das Verhalten des Klägers nicht nur widerrechtlich, sondern darüber hinaus auch noch schuldhaft sein muss, so leuchtet es ohne weiteres ein, dass eine Haftung gestützt auf Art. 41 OR praktisch kaum je in Frage kommen dürfte. Viele kantonale und der eidgenössische Gesetzgeber sind deshalb dazu übergegangen, die Haftung des Klägers für ungerechtfertigte Sicherungsmassnahmen in ihren ZPO ausdrücklich festzuhalten, wobei vom Nachweis eines schuldhaften Verhaltens oftmals abgesehen wird^{47,48}.

3. Die Beschränkung des Inhalts der Sicherungsmassnahme

Die nachteiligen Folgen einer allenfalls falschen Anordnung können auch dadurch in Schranken gehalten werden, dass gewisse, besonders einschneidende Sicherungsmassnahmen zum vornherein nicht erlassen werden dürfen. In diese Richtung zielen jene Gesetzesbestimmungen, die Sicherungsmassnahmen lediglich zur Aufrechterhaltung des bestehenden (tatsächlichen oder rechtlichen) Zustandes zulassen; in diesen Fällen haben die Sicherungsmassnahmen rein konservatorischen Charakter. Wie bereits erläutert⁴⁹, wird aber dieser Grundsatz insofern ausgehöhlt, als die Gerichtspraxis auch einen "präsumtiv rechtmässigen Zustand" als bestehenden Zustand ansieht. Werden nun aber gestützt darauf Handlungen des Beklagten, die er zu *wiederholen* gedenkt, mit einer Sicherungsmassnahme verboten, so wird damit der bestehende (präsumtiv rechtswidrige) Zustand geändert.

Eine weitere Einschränkung der inhaltlichen Ausgestaltung der Sicherungsmassnahmen kann dadurch erreicht werden, dass die Anforderungen an die Glaubhaftmachung umso höher gesetzt werden, je einschneidender die zu erlassende Mass-

44 So auch Kummer, Grundriss, S. 280; Voyame, S. 169.

45 Vgl. zu diesem Grundsatz Sträuli/Messmer, N 5 zu 230.

46 So z.B. BGE 93 II 183; 88 II 280; ZR 64, 159.

47 Vgl. Appenzell-Innerrhoden 249, Basel-Stadt 262, Bern 332, Freiburg 381, Glarus 292, Obwalden 249, Schwyz 184, Tessin 383, Zürich 230.

48 Vgl. für die Frage, ob kantonale Haftungsbestimmungen neben dem Bundesrecht Platz haben, unten S. 88 ff.

49 Vgl. oben S. 15.

nahme für den Beklagten ist⁵⁰. Es dürfte allerdings schwierig sein, zwischen der blossen Behauptung einer Tatsache und ihrem schlüssigen Beweis in allen Fällen eine Stufenfolge der Intensität der Glaubhaftmachung zu erkennen.

Alles in allem muss gesagt werden, dass die inhaltliche Beschränkung der Sicherungsmassnahme der falsche Ansatzpunkt für die Lösung des Interessenkonflikts zwischen dem Kläger und dem Beklagten ist. Soll die drohende Gefahr, der Verlust der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung, wirksam abgewendet werden können, so muss es auch möglich sein, die entsprechende Massnahme anzuordnen. Das heisst allerdings nicht, dass dem möglichen Inhalt von Sicherungsmassnahmen keine Schranken gesetzt sind; doch ergeben sich diese nicht aus dem geschilderten Interessenkonflikt, sondern aus dem Zweck der Sicherungsmassnahme an sich⁵¹.

4. Die Beschränkung der Geltungsdauer der Sicherungsmassnahme

Wird durch eine Sicherungsmassnahme möglicherweise ein der materiellen Rechtslage widersprechender Zustand erhalten oder geschaffen, so ist es folgerichtig, dieses Risiko auch in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen⁵². Die Gesetze schränken deshalb die Geltungsdauer von Sicherungsmassnahmen regelmässig ein. So kann einmal der Richter grundsätzlich einen Zeitpunkt bestimmen, in welchem die Massnahme dahinfällt. Sodann hängt der Weiterbestand von Massnahmen, die vor der Rechtshängigkeit eines ordentlichen Prozesses erlassen wurden, davon ab, dass innert der vom Richter angesetzten Frist die ordentliche Klage erhoben wird, und schliesslich fallen Sicherungsmassnahmen mit der rechtskräftigen Erledigung des ordentlichen Prozesses regelmässig dahin.

50 Von Büren, N 5 zu Art. 9–12 UWG.

51 Zu den inhaltlichen Schranken vgl. unten § 15.

52 BGE 88 I 17; ZR 54, 90.

Zweiter Abschnitt und § 8

**Der Interessenkonflikt und seine Lösung beim Entscheid
über Regelungsmassnahmen**

Es ist daran zu erinnern, dass Regelungsmassnahmen unmittelbar an streitige materielle Rechtsverhältnisse anknüpfen und diese in Anwendung der materiellen Rechtsordnung ordnen, ohne dass hierüber in einem späteren ordentlichen Rechtsschutzverfahren erneut entschieden wird¹. Daraus folgt aber, dass sich bei den Regelungsmassnahmen kein über den Rechtsstreit an sich hinausgehender Interessenkonflikt unterscheiden lässt, wie dies bei den Sicherungsmassnahmen der Fall war. Bei den Regelungsmassnahmen handelt es sich vielmehr um eine "normale" Streiterledigung, die verschieden ist, je nachdem was für ein Rechtsverhältnis im Streite liegt. Eine Besonderheit besteht insofern, als diejenigen Rechtsverhältnisse, für die das materielle Recht Regelungsmassnahmen vorsieht, regelmässig von grosser Tragweite sind. Sie sind nicht nur Dauerrechtsverhältnisse, sondern umfassen auch einen weiteren Personenkreis, dessen Interessen infolge eines Rechtsstreites zwischen den Parteien mehr oder weniger stark berührt werden können. Zu denken ist dabei an das bereits erwähnte Eheverhältnis, bei dessen Regelung nach Anhebung der Scheidungsklage auch die Interessen der Kinder zu berücksichtigen sind. Ebenso ist bei Gesellschaftsverhältnissen der betroffene Personenkreis (Aktionäre, Drittgläubiger, Arbeitnehmer usw.) regelmässig weit. Die durch Regelungsmassnahmen zu lösenden Interessenkonflikte sind aber nicht Folge des Erlasses der Massnahmen, sondern Folge der komplexen materiellen Ordnung des Rechtsverhältnisses. Daraus folgt aber auch, dass ein spezifischer, den Regelungsmassnahmen eigener Interessenkonflikt nicht allgemein umschrieben werden kann.

1 oben S. 16 f.

DRITTES KAPITEL

Der "Anspruch" auf Erlass vorsorglicher Massnahmen und seine Voraussetzungen

Erster Abschnitt

Sicherungsmassnahmen

§ 9 Die Sicherungsmassnahmen als ein vom ungeschriebenen Bundesrecht vorgeschriebenes Institut des Zivilprozessrechts

I. Vorbemerkungen

Gemäss der bereits erwähnten, in Art. 64 BV niedergelegten Kompetenzordnung hat der Bundesgesetzgeber das Privatrecht (das materielle Recht), der kantonale Gesetzgeber das Prozessrecht (das formelle Recht) zu ordnen¹. Andererseits ergab sich², dass die Sicherungsmassnahmen ihrer Natur nach dem formellen Recht zugehören. Daraus zog sowohl das Bundesgericht als auch der überwiegende Teil der Lehre den Schluss, dass die Sicherungsmassnahmen grundsätzlich in den Kompetenzbereich der Kantone fallen³. Diese Schlussfolgerung ist voreilig. Es ist nämlich zu beachten, dass das Zivilprozessrecht in einem gewissen Subordinationsverhältnis zum Privatrecht steht, indem ersteres zur Durchsetzung des letzteren dient⁴. Es ist deshalb unbestritten, dass das Bundesrecht in gewissem Umfange in das kantonale Zivilprozessrecht eingreifen darf, um dadurch die Durchsetzung der Privatrechtsordnung zu gewährleisten⁵. Dies kann zunächst dadurch erfolgen, dass der Bundesgesetzgeber selbst prozessuale Normen erlässt, wenn ohne diese die Verwirklichung des Privatrechtes unerträglich erschwert würde⁶. Sodann ist aber auch unbestritten,

1 Vgl. oben S. 33 f.

2 Vgl. oben S. 34 ff.

3 Da bisher die Sicherungs- und Regelungsmassnahmen nicht grundsätzlich unterschieden wurden, spricht die Lehre und Rechtsprechung allgemein von vorsorglichen Massnahmen. Für die Regelungsmassnahmen muss aber ihrer materiellrechtlichen Natur gemäss anderes gelten, wie im nächsten Abschnitt (unten S. 92 ff.) zu zeigen sein wird.

4 Guldener, Bundesprivatrecht, S. 5; Sieben, S. 5/6; Matti, S. 1024.

5 Burckhardt, Kommentar, S. 589 f.; Guldener, S. 5/6; Matti, S. 1023; Fleiner/Giacometti, S. 79 Anm. 57. Gemäss Walder, Prozess erledigung, S. 27, wäre ein vertraglicher Ausschluss des Rechtsweges ungültig, weil dadurch das materielle Recht nicht verwirklicht werden könnte.

6 Kummer, Klagerecht, S. 9; Meier, Iura, S. 15 und die auf S. 10/11 besprochene Lehre und Rechtsprechung. Von diesem Recht hat der Bundesgesetzgeber für den Bereich des Immaterialgüterrechts ausgiebig Gebrauch gemacht; vgl. dazu BGE 96 I 300.

dass das Bundesrecht seine prozessualen Bestimmungen weder abschliessend noch immer ausdrücklich aufführt⁷.

Da eine allgemeine, die Sicherungsmassnahmen beschlagende Norm im geschriebenen Bundesrecht fehlt, bleibt deshalb zu prüfen, ob allenfalls ungeschriebenes Bundesrecht diese erfasst⁸.

II. Die Quellen des ungeschriebenen Zivilprozessrechtes des Bundes⁹

1. Die derogatorische Wirkung des Bundeszivilrechts auf das kantonale Zivilprozessrecht

Dadurch, dass das Bundeszivilrecht dem kantonalen Zivilprozessrecht vorgeht¹⁰, ist es unvermeidlich, dass es das kantonale Verfahren in gewissem Umfange präjudiziert¹¹. Es wird denn auch nirgends angezweifelt, dass diese derogatorische Kraft des Bundesprivatrechts eine Quelle ungeschriebenen Verfahrensrechtes sein kann^{12,13}. Allgemein lässt sich sagen, dass "alle jene prozessrechtlichen Normen auch ohne ausdrückliche Regelung Bestandteile des Bundesrechtes sind, bei deren Fehlen die Rechtsdurchsetzung verunmöglicht würde"¹⁴. Meier¹⁵ hebt besonders hervor, dass die Annahme einer ungeschriebenen Norm nicht schon dann zulässig sei, wenn dadurch lediglich eine Erschwerung oder Behinderung der Rechtsverwirklichung abgewendet werden kann, sondern erst, "wenn die Rechtsverwirklichung tatsächlich verunmöglicht würde". Als Beispiele solch ungeschriebenen Bundesrechtes sind die Möglichkeit der Feststellungsklage und das Institut der materiellen Rechtskraft zu erwähnen. Gemäss einer ungeschriebenen Norm sind die minimalen Voraussetzungen, unter denen eine Feststellungsklage zulässig ist, vom Bundesrecht bestimmt¹⁶, und die Kantone haben von Bundesrechts wegen das Institut der materiellen Rechtskraft vorzusehen¹⁷.

7 Guldener, Bundesprivatrecht, S. 7; Kummer, Klagerecht, S. 4 und 10; Meier, Iura, S. 9 sowie die dort in Anm. 26 aufgeführte Lehre und Rechtsprechung.

8 Zu den ausdrücklichen, im Bundesrecht normierten Sicherungsmassnahmen vgl. unten S. 133 ff.

9 Nachfolgend werden nur diejenigen Quellen behandelt, die für den Bereich der Sicherungsmassnahmen in Frage kommen können.

10 Art. 2 Übergangsbestimmungen der BV und dazu statt vieler BGE 99 II 161, 96 II 437, 95 II 67.

11 Walder, Handbuch, S. 30.

12 Meier, Iura, S. 10.

13 "Richtig betrachtet, findet der die derogatorische Wirkung des Bundesrechts teilweise ausschaltende Artikel 6 Abs. 1 ZGB auf das Zivilprozessrecht keine Anwendung." Meier, Iura, S. 12 Anm. 38 sowie die dort zit. Lehre.

14 Walder, Handbuch, S. 30; Meier, Iura, S. 12.

15 Meier, Iura, S. 13.

16 BGE 92 II 107.

17 Meier, Iura, S. 12/13. Umstritten ist, ob die Kantone die Feststellungsklage in weiterem Umfange zulassen dürfen; vgl. dazu Meier, a.a.O. S. 12 Anm. 41.

Betrachtet man die erwähnten Beispiele etwas näher, so fragt sich, was unter der "Unmöglichkeit der Rechtsdurchsetzung" wirklich gemeint ist. Gerade beim Beispiel der Feststellungsklage erheben sich nämlich Zweifel, ob dadurch tatsächlich die Unmöglichkeit der Rechtsdurchsetzung verhindert wird. Die Feststellungsklage vermag zwar die Ungewissheit über die materielle Rechtslage zu beseitigen, und der obsiegende Kläger darf in den meisten Fällen damit rechnen, dass der Beklagte seine festgestellten Pflichten erfüllen wird. Eine Durchsetzung der klägerischen Rechte im Sinne ihrer Verwirklichung wird damit aber noch nicht unmittelbar erreicht. Das Feststellungsurteil bietet keine Grundlage, die festgestellte materielle Rechtslage notfalls auch gegen den Willen des unterlegenen Beklagten durchzusetzen. Umgekehrt muss die mangelnde Möglichkeit einer Feststellungsklage nicht in allen Fällen zu einer erhöhten Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung und damit der Nichtverwirklichung subjektiver Rechte führen. Es lässt sich deshalb m.E. nicht sagen, dass ohne Feststellungsklage die Durchsetzung des materiellen Rechtes generell und tatsächlich verunmöglicht wäre. Daraus folgt, dass der Begriff der Unmöglichkeit nicht so absolut verstanden werden darf, wie dies auf den ersten Blick scheinen mag. Ungeschriebenes Bundesrecht muss vielmehr schon dann eingreifen, wenn sonst das kantonale Zivilprozessrecht in unerträglichem Masse ineffizient wäre. Wann dies der Fall ist, kann nicht ein für allemal gesagt werden. Bezüglich der Möglichkeit, eine Feststellungsklage zu erheben, hat das Bundesgericht jedenfalls ausgeführt, dass das kantonale Zivilprozessrecht diese nicht verweigern könne, wenn es das materielle Bundesrecht zu seiner *wirksamen* Durchsetzung erheische¹⁸.

Ähnliches gilt für das Institut der materiellen Rechtskraft. Lässt das kantonale Zivilprozessrecht zu, dass ein bereits abgeurteilter Anspruch erneut erhoben werden kann, so wird dadurch nicht notwendigerweise die Durchsetzung des materiellen Rechtes an sich verunmöglicht. Verunmöglicht wird aber die *endgültige* Beilegung eines Rechtsstreites. Dass ein derart ausgestaltetes Zivilprozessrecht zutiefst ineffizient wäre, liegt auf der Hand. Es würde zudem der fundamentalen Idee des Privatrechts, eine Friedensordnung zu sein, widersprechen. Die Kantone sind deshalb von Bundesrechts wegen gezwungen, ihren Urteilen die Rechtskraft zu verleihen.

2. Richterliche Rechtsschöpfung durch Lückenfüllung

Die Frage, ob gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB auch Verfahrensnormen durch den Richter geschaffen werden können, ist umstritten. Während beim Bestehen von ausdrücklichen Prozessvorschriften im Bundesrecht eine Lückenfüllung *intra legem* problemlos erscheint¹⁹, wird eine solche *praeter legem* von der herrschenden Lehre grundsätzlich abgelehnt²⁰. Dem ist für die Füllung echter Lücken ohne weiteres zu-

18 BGE 77 II 348 f.; 79 II 294.

19 Meier, Iura, S. 16.

20 Walder, Handbuch, S. 31; Meier-Hayoz, N 73 zu Art. 1 ZGB.

zustimmen, da diese voraussetzen, dass der Bundesgesetzgeber eine in einem gewissen Umfange umfassende Regelung getroffen hat; eine solche Annahme wäre aber in bezug auf das Verfahrensrecht des Bundes mit Sicherheit unzutreffend²¹. Im Gegensatz dazu setzen unechte Lücken keine umfassende Regelung voraus. Sie ergeben sich vielmehr aus einer zwar vorhandenen, aber rechtspolitisch zu beanstandenden gesetzlichen Bestimmung. *Meier* folgert daraus, dass einer Füllung solcher Lücken durch den Richter nichts im Wege stehe²².

3. Art. 64 Abs. 3 BV

Gemäss der überzeugenden Ansicht *Meiers*²³ ist davon auszugehen, dass Art. 64 Abs. 3 BV für den Richter eine zusätzliche Grundlage für die Annahme ungeschriebener zivilprozessualer Normen des Bundes bildet, sofern dies für "die Garantierung der Rechtsdurchsetzung" unbedingt erforderlich ist²⁴. Wie bei der derogatorischen Wirkung des Bundeszivilrechtes ist auch hier hervorzuheben, dass die Rechtsdurchsetzung nicht absolut unmöglich sein muss; es genügt vielmehr, dass die Wirksamkeit des Rechtsschutzverfahrens ohne eine entsprechende bundesrechtliche Vorschrift in unerträglicher Weise gefährdet ist. *Habscheid*²⁵ gelangt denn auch zum Schluss, dass das Verfahrensrecht im Grunde genommen weitgehend angewandtes Verfassungsrecht sei und folgert daraus, dass das Erfordernis der materiellen Rechtskraft entgegen der Ansicht des Bundesgerichtes²⁶ prozessualer Natur und von Verfassungs wegen geboten sei.

III. Der Schutz der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung als fundamentale Anforderung für ein wirksames Rechtsschutzverfahren

Bei der Behandlung der Frage nach dem Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht beim Erlass von Sicherungsmassnahmen werden in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung zwei grundsätzlich verschiedene Standpunkte eingenommen. Während eine Gruppe von Autoren der Ansicht ist, dass nur das materielle Recht über die Zulässigkeit von Sicherungsmassnahmen entscheiden

21 *Meier*, Iura, S. 17.

22 *Meier*, Iura, S. 17.

23 *Meier*, Iura, S. 18/19.

24 Dafür, dass Art. 64 Abs. 3 BV die Grundlage für den Erlass verfahrensrechtlicher Bestimmungen durch den Bundesgesetzgeber bildet, vgl. *Meier*, Iura, S. 18 Anm. 75 und die dort zit. Lehre.

25 *Habscheid*, S. 202/203 und S. 223.

26 BGE 95 II 643.

könne, betrachten die anderen, und mit ihnen die Rechtsprechung, die Sicherungsmassnahmen als eine Angelegenheit des kantonalen Zivilprozessrechtes. Steht aber nach dem bisher Gesagten fest, dass das Bundesrecht auch ungeschriebene zivilprozessuale Normen enthält, bleibt eine weitere, bisher unbeachtete Möglichkeit zu prüfen: Ob nämlich die Sicherungsmassnahmen ihre Grundlage im ungeschriebenen Verfahrensrecht des Bundes haben.

1. Das materielle Recht als Grundlage der Sicherungsmassnahmen?

Die Ansicht, wonach die Sicherungsmassnahmen ihre Legitimation aus dem materiellen Recht beziehen, wird damit begründet, dass nur dieses bestimmen könne, ob jemand Anspruch auf Rechtsschutz überhaupt und damit auch auf vorsorglichen Rechtsschutz habe²⁷. Dem ist insofern zuzustimmen, als das materielle Recht nicht nur bestimmt, welche subjektiven Rechte es gewähren will, sondern auch, ob diese notfalls zwangsweise durchsetzbar sind. Daraus lässt sich durchaus der Schluss ziehen, dass auch die Möglichkeit eines bloss vorläufigen Schutzes sich aus dem materiellen Recht ergeben muss²⁸. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass auch die Sicherungsmassnahmen ihre Grundlage im materiellen Recht haben. Wie bereits ausführlich dargetan²⁹, sind nicht materielle Ansprüche, sondern ist lediglich die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung Schutzobjekt der Sicherungsmassnahme³⁰. Lässt sich somit beim Erlass der Sicherungsmassnahme nicht sagen, ob subjektive Privatrechte einstweilen geschützt werden, so lässt sich logischerweise dem materiellen Recht auch nicht entnehmen, ob ein solcher vorläufiger Schutz zulässig ist.

Ein weiteres Argument zugunsten einer materiell-rechtlichen Grundlage der Sicherungsmassnahmen geht dahin, dass durch ihren Erlass vorübergehend eine Lage geschaffen werden könne, die der materiellen Rechtsordnung widersprechen kann. Ob ein solcher Widerspruch im Interesse des Rechtsfriedens zu dulden sei, könne sich nur aus dem materiellen Recht ergeben³¹. – Dazu ist zunächst grundsätzlich zu bemerken, dass die Verfahrensnormen ganz allgemein streitende Parteien in ihren privatrechtlichen Interessen tangieren können. Ansonsten wäre nämlich nicht einzusehen, weshalb die unterlegene Partei dem Sieger eine Prozessentschädigung zu bezahlen hätte. Sodann ist auch an das Institut der prozessualen Verwirkung zu erinnern, wodurch ein nach der (ausserprozessual gedachten) Rechtslage Berechtigter seines

27 Walder, Handbuch, S. 362; Guldener, Zivilprozessrecht, S. 577; Sträuli/Messmer, N 1 zu 110.

28 Dieser Gedanke wird bei der Behandlung der Regelungsmassnahmen wieder aufzugreifen sein, vgl. unten S. 92 ff.

29 Vgl. oben S. 20 ff.

30 Aus der Tatsache, dass beim Erlass von Sicherungsmassnahmen der Kläger jeweils einen materiellen Anspruch zu haben behauptet, folgt noch nicht, dass der "Verfügungsgrund" selbst dem materiellen Recht entspringt, wie Leipold, Grundlagen, S. 17, anzunehmen scheint.

31 Guldener, Zivilprozessrecht, S. 577 Anm. 17; Guldener, Bundesprivatrecht, S. 52.

Anspruchs endgültig verlustig gehen kann. Es ist allerdings zuzugestehen, dass im Gegensatz zu diesen Beispielen die Sicherungsmassnahmen insofern eine Besonderheit darstellen, als sie für den Beklagten eine zusätzliche Beschränkung bedeuten. Dies rechtfertigt zwar, die Sicherungsmassnahme an besondere Voraussetzungen zu knüpfen, doch folgt daraus nicht, dass nur das materielle Recht sie als zulässig erklären kann.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass die Grundlage für den Erlass von Sicherungsmassnahmen nicht im materiellen Bundesrecht zu suchen ist.

2. Das formelle Recht als Grundlage der Sicherungsmassnahme

Eine weitverbreitete Ansicht geht dahin, dass die Sicherungsmassnahmen, weil sie Anordnungen prozessualer Natur sind, grundsätzlich in den Kompetenzbereich des kantonalen Zivilprozessrechtes gehören, sofern nicht das Bundesrecht etwas Besonderes ausdrücklich vorschreibt³². Dieser Schluss von der formellrechtlichen Natur auf die kantonale Kompetenz lässt aber unbeachtet, dass ungeschriebenes Bundesverfahrensrecht in die kantonalen Zivilprozessrechte eingreifen und diesen bestimmte Institute vorschreiben kann³³. Obwohl es das Bundesgericht in seinem Entscheid 63 II 399/400 abgelehnt hat, eine bundesrechtliche Vorschrift anzunehmen, welche es den Kantonen zur Pflicht machen würde, Sicherungsmassnahmen in ihren Zivilprozessordnungen vorzusehen, ist diese Möglichkeit nachfolgend näher zu untersuchen.

Es stellt sich zunächst die Frage nach der Quelle solch ungeschriebenen Bundesverfahrensrechts. Dabei fällt die Möglichkeit der richterlichen Rechtsschöpfung durch Lückenfüllung zum vornherein ausser Betracht. Zwar hat der Zivilrechtsgesetzgeber in einzelnen Fällen, wo ihm die Sicherung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung als besonders wichtig, und die kantonalen Zivilprozessordnungen als besonders lückenhaft erschienen, Sicherungsmassnahmen ausdrücklich vorgesehen³⁴. Daraus aber auf eine Lücke für den gesamten übrigen Bereich des Privatrechts zu schliessen, ginge entschieden zu weit, ganz abgesehen davon, dass gemäss der früher erwähnten Lehre die Füllung verfahrensrechtlicher Lücken gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB in der Regel unzulässig ist³⁵.

32 Voyame, S. 166; Gschwend, S. 66; Hasenböhler, S. 12; Kummer, Klagerecht, S. 56 Anm. 56. BGE 104 II 179; 104 II 221; 103 II 123; 97 II 190; ZR 77, 91; 64, 159.

33 So müssen, wie oben S. 61 erwähnt, die kantonalen Zivilprozessrechte die Möglichkeit einer Feststellungsklage von Bundesrechts wegen vorsehen.

34 Diese Überlegungen treffen z.B. für den Bereich des Immaterialgüterrechtes zu. Vgl. dazu Ming, S. 14 ff. und das dort auf S. 15 Anm. 5 zit. Gutachten von Prof. Hans Fritzsche, betr. unlautern Wettbewerb, erstattet an das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit vom 20. März 1942.

35 Vgl. oben S. 62 f. Vgl. auch BGE 93 I 404 f., wo die Anerkennung einer Sicherungsmassnahme aufgrund einer Lücke im Bereich des (unrevidierten) Art. 321 ZGB (heute Art. 281 ZGB) ausdrücklich abgelehnt wurde.

Zu prüfen bleibt, ob die derogatorische Wirkung des Bundeszivilrechts auf das kantonale Zivilprozessrecht und Art. 64 Abs. 3 BV eine Grundlage für die Abnahme einer ungeschriebenen Verfahrensnorm des Bundes bietet. Konkret stellt sich die Frage, ob ungeschriebenes Bundesrecht den Kantonen vorschreibt, dass sie in ihren Zivilprozessordnungen den Erlass von Sicherungsmassnahmen vorsehen. Das Problem mag insofern theoretisch erscheinen, als heute alle schweizerischen Zivilprozessordnungen die Sicherungsmassnahme kennen. Stellt sich aber heraus, dass dieses Institut seine Grundlage im Bundesrecht hat, so ergeben sich für die Frage der Voraussetzungen zum Erlass von Sicherungsmassnahmen weitreichende Konsequenzen³⁶.

Das kantonale Zivilprozessrecht hat einem Rechtsuchenden nicht nur die Möglichkeit zu geben, dem Richter sein behauptetes Recht zur Beurteilung vorzulegen³⁷, sondern die Kantone haben ganz allgemein von Bundesrechts wegen ihr Verfahrensrecht so auszugestalten, dass das Bundeszivilrecht tatsächlich durchgesetzt werden kann³⁸. Das schweizerische Recht steht somit grundsätzlich auf dem Realerfüllungsstandpunkt³⁹. Daraus folgt, dass selbst "die bestqualifizierte Zivilrechtsordnung nur soviel wert ist, wie das den Rechtsgenossen zur Verfügung stehende Prozessrecht"⁴⁰. Nun ist zwar klar, dass eine absolute Garantie der Rechtsdurchsetzung von keiner Rechtsordnung gegeben werden kann; andererseits genügt es aber nicht, dass die staatliche Rechtspflege den Rechtsuchenden lediglich formal offensteht. Verlangt man, dass grundsätzlich auf die Selbsthilfe verzichtet wird, so muss der Staat auch für die Bereitstellung wirksamer Rechtsschutzmittel besorgt sein⁴¹. Sind somit die Kantone zwar gemäss der in der Bundesverfassung getroffenen Kompetenzaufteilung frei, das Verfahren zur Durchsetzung des materiellen Rechtes zu ordnen, so ergeben sich doch die unabdingbaren Rahmenbedingungen zur Erreichung dieses Zieles aus dem Bundesrecht, sei dies nun geschriebenes oder ungeschriebenes Recht. Als eine solche Rahmenbedingung erkannte das Bundesgericht die bereits erwähnte Möglichkeit, eine Feststellungsklage zu erheben⁴². Müsste man nämlich im Falle eines Rechtsstreites jeweils die Ungewissheit über die materielle Rechtslage solange erdulden, bis ein konkreter Anspruch entsteht, so wäre das Ziel der staatlichen Rechtspflege in der Tat nicht erreicht. Der Sinn der Privatrechtsordnung, den Rechtssubjekten Richtlinie für ihr gegenseitiges Verhalten zu sein, wäre in Frage gestellt, und dies nur deshalb, weil das kantonale Prozessrecht die Klärung der Rechtslage nicht zulässt. Gerade damit würde es aber seiner dienenden Funktion gegenüber dem Privatrecht nicht gerecht.

36 Vgl. dazu unten S. 68 f. und § 11.

37 Kummer, Klagerecht, S. 21; BGE 98 II 344.

38 BGE 104 I a 108.

39 So Meng, S. 37.

40 Frank, S. 269.

41 Leipold, Strukturfragen, S. 259; Jäggi, Privatrecht und Staat, S. 26; Haubensak, S. 1.

42 Vgl. oben S. 61.

Dieselben Überlegungen führen auch dazu, die Möglichkeit, eine Sicherungsmassnahme zu erwirken, als eine dem ungeschriebenen Bundesrecht entspringende Rahmenbedingung für das kantonale Zivilprozessrecht zu betrachten; sie ergibt sich ebenfalls aus dem Wesen und der Funktion des Rechtsschutzverfahrens. Diese besteht nicht lediglich darin, in einem mehr oder weniger langen Verfahren den "wahren" Sachverhalt abzuklären und diesen unter die geeigneten materiellen Normen zu subsumieren. Ebenso wichtig ist es, dass die zu Beginn des Rechtsstreites zwar noch nicht bekannte, aber nichtsdestoweniger bestehende materielle Rechtslage nach Durchführung des Rechtsschutzverfahrens möglichst unverkürzt durchgesetzt werden kann⁴³. Stellt sich nämlich die durch das Urteil als richtig erkannte Lösung als undurchsetzbar heraus, so hat das Zivilprozessrecht seine fundamentale Aufgabe, um derentwillen es überhaupt besteht, nicht erfüllt. Es ist allerdings klar, dass eine Nichtverwirklichung des materiellen Rechtes aus den verschiedensten Gründen eintreten kann; eine zu einer höchstpersönlichen Leistung verpflichtete Partei kann während des Prozesses sterben, oder der Leistungsgegenstand kann durch höhere Gewalt untergehen. Ist aber die Durchsetzung des materiellen Rechtes dadurch gefährdet, dass eine Partei durch ihr bewusstes Verhalten während des Rechtsschutzverfahrens eine an sich denkbare Lösung des Rechtsstreites zum vornherein vereitelt, so wäre es untolerierbar, wenn das Zivilprozessrecht kein Instrumentarium zum Schutz der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung bereitstellen würde. Die im Wesen des Zivilprozessrechts begründete Verzögerung der Rechtsverwirklichung gebietet es, daraus folgende Gefahren für das Ziel des Rechtsschutzverfahrens abwenden zu können⁴⁴. So gesehen, ist die Möglichkeit, eine Sicherungsmassnahme zu erwirken, eine unabdingbare Anforderung an das Prozessrecht zur Durchsetzung des materiellen Rechtes und hat deshalb ihre Grundlage im ungeschriebenen Bundesrecht⁴⁵. Würde den Kantonen freigestellt, ob sie Sicherungsmassnahmen vorsehen wollen oder nicht, wäre die Möglichkeit der Durchsetzung des Privatrechtes nicht in der Schweiz gleichermaßen gewährleistet⁴⁶.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass eine ungeschriebene Verfahrensnorm des Bundesrechtes⁴⁷ den Kantonen vorschreibt, in ihren Zivilprozessordnungen den Erlass von Sicherungsmassnahmen vorzusehen.

43 BGE 104 I a 109.

44 Schon Ziegler, S. 4 und Stamm, S. 14, erblickten darin eine eigentliche zweite Aufgabe des Zivilprozesses. Vgl. neuerdings auch Hablützel, S. 64, und Ming, S. 3.

45 Vgl. auch Dütz, S. 129 f., wonach die in Deutschland von Verfassungen wegen geforderte Effektivität des Rechtsschutzes als Grundlage für die Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes dient. Vgl. auch ZR 71, 105, wo die Frage, ob die Gefahr der Undurchsetzbarkeit materieller Ansprüche von Bundesrechts wegen durch vorsorgliche Massnahmen zu verhindern sei, zwar offengelassen, aber immerhin ausdrücklich gestellt wurde.

46 In diesem Sinne auch Vogel, S. 91.

47 Diese lässt sich m.E. sowohl aus der derogatorischen Wirkung des Bundeszivilrechtes auf das kantonale Zivilprozessrecht als auch aus der Kompetenznorm in Art. 64 Abs. 3 BV herleiten; vgl. dazu oben S. 62 f. und 63.

IV. Das Erfordernis eines bundesrechtlichen Rahmens für den Erlass von Sicherungsmassnahmen

Die Tatsache, dass die Kantone in ihren Prozessordnungen Sicherungsmassnahmen vorsehen müssen, besagt noch nicht, unter welchen Voraussetzungen sie zu erlassen sind. Namentlich ist die Möglichkeit, einen materiellen Anspruch einklagen zu können, für sich allein noch kein genügender Grund, eine Sicherungsmassnahme zu erlangen⁴⁸. Ebenso wenig ist es angängig, mangels ausdrücklicher bundesrechtlicher Vorschriften anzunehmen, ungeschriebenes Bundesrecht erkläre die vorhandenen Bestimmungen des kantonalen Zivilprozessrechtes für anwendbar⁴⁹.

Zunächst ist hervorzuheben, dass der "Anspruch" auf Sicherungsmassnahmen für den Kläger eine auf dem Prozessrecht beruhende Berechtigung ist, obwohl sie seine Interessen gegenüber dem Beklagten wahrt. Nicht jede Rechtsschutzform fusst auf einer materiellen Berechtigung gegenüber dem Prozessgegner⁵⁰. Andererseits ist aber, wie schon früher erläutert⁵¹, zu beachten, dass der Beklagte grundsätzlich das gleiche Interesse an der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung hat wie der Kläger. Gerade der Erlass einer Sicherungsmassnahme zugunsten des Klägers kann aber diesem Interesse zuwiderlaufen, indem der Beklagte für die Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens zu einem Verhalten gezwungen wird, zu dem er gemäss materieller Rechtslage nicht verpflichtet wäre. Bedenkt man weiter, dass die Möglichkeit, eine Sicherungsmassnahme zu verlangen, durch ungeschriebenes Bundesrecht gewährleistet ist, so bedeutet dies, dass eben dieses Bundesrecht einen praktisch unlösbaren Interessenkonflikt auslöst. Einerseits hat das kantonale Zivilprozessrecht mit der Sicherung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten, andererseits wird damit, weil die Sicherungsmassnahme immer zugunsten einer Partei wirkt, gleichzeitig die Gefahr geschaffen, dass die Rechtsverwirklichung zugunsten der Gegenpartei vereitelt wird. Der Sinn der bundesrechtlichen Forderung nach Sicherungsmassnahmen kann somit durch die Sicherungsmassnahmen selbst wiederum negiert werden. Wird nun aber dieser schwerwiegende Widerspruch durch das ungeschriebene Bundesrecht selbst gesetzt, so kann es nicht zweifelhaft sein, dass das Bundesrecht diesen auch zu lösen hat⁵².

48 So zutreffend Huth, S. 8 Anm. 32 und BGE 97 II 190.

49 Unzutreffend deshalb Meng, S. 16.

50 So zutreffend Dütz, S. 131. Vgl. auch Hablützel, S. 81, der von einem prozessualen Anspruch auf richterlichen Schutz spricht. Haubensak, S. 2, bemerkt für den Bereich des Zwangsvollstreckungsrechtes, dass der Gläubiger einen Anspruch gegen den Staat auf Vornahme bestimmter Vollstreckungsmassnahmen habe. Während ZR 69, 30 lediglich feststellt, dass mit der Anordnung einer Sicherungsmassnahme nicht über einen privatrechtlichen Anspruch entschieden werde, gesteht BGE 56 II 324 dem Kläger einen "publizistischen Rechtsschutzanspruch auf vorsorgliche Verfügungen" zu, ohne allerdings die Bedeutung dieser Formel näher zu erläutern.

51 Vgl. oben S. 25.

52 Diesen inneren Widerspruch benützt auch Troller, Haftung, S. 23, als Begründung dafür, dass der Kläger für zu Unrecht ergangene Sicherungsmassnahmen zu haften hat, wobei Troller aber nicht auf ungeschriebenes Bundesrecht zurückgreift.

Es hat festzulegen, unter welchen Voraussetzungen eine Partei ein überwiegendes Interesse an der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung hat, oder anders ausgedrückt, es hat zu bestimmen, wann das Risiko einer zu Unrecht ergangenen Sicherungsmassnahme durch den Beklagten zu tragen ist. Sind somit die Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen das Ergebnis einer Interessenabwägung, so bestimmt ungeschriebenes Bundesrecht nicht bloss die minimalen Erfordernisse, bei deren Vorliegen der Kläger Anspruch auf Sicherungsmassnahmen hat⁵³; es bestimmt vielmehr auch die untere Grenze, bei welcher Sicherungsmassnahmen zu verweigern sind, ansonsten die Interessen des Beklagten und damit die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zu seinen Gunsten unberücksichtigt blieben. Das kantonale ZPR darf deshalb die bundesrechtlichen Voraussetzungen weder verschärfen, noch darf es Sicherungsmassnahmen unter erleichterten Bedingungen gewähren⁵⁴.

53 Lediglich die minimalen Voraussetzungen bestimmt das Bundesrecht nach herrschender Lehre z.B. für die Feststellungsklage.

54 Vgl. dagegen BGE 103 II 123/124, der die Formulierung der Voraussetzungen mangels ausdrücklicher Vorschrift im Bundesrecht generell dem kantonalen Zivilprozessrecht überlässt.

§ 10 Die Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen im allgemeinen

I. Vorbemerkungen

Die nachfolgend zu behandelnden Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen sind insofern allgemein, als sie sich unmittelbar aus dem ungeschriebenen Bundesrecht ergeben und deshalb von allen Kantonen zu beachten sind¹. Wie im folgenden Paragraphen zu zeigen sein wird², verbleibt darüber hinaus für die kantonalen ZPO ein gewisser, wenn auch relativ stark begrenzter Spielraum, in welchem sie den Erlass von Sicherungsmassnahmen an weitere Bedingungen knüpfen können. Die bundesrechtlichen Voraussetzungen ergeben sich zunächst aus dem Wesen der Sicherungsmassnahme, dem Kläger für seinen behaupteten materiellen Anspruch die Möglichkeit der Verwirklichung zu gewährleisten (II. und III.). Sodann folgt aus dem zuvor dargelegten Interessenkonflikt, der durch das Institut der Sicherungsmassnahme erzeugt wird, dass der Kläger ein überwiegendes Interesse an der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung haben muss (IV.).

II. Die Behauptung eines materiellen Anspruches

Es wurde bereits eingehend erläutert³, dass die Sicherungsmassnahmen immer im Hinblick auf die Durchführung eines ordentlichen Rechtsschutzverfahrens ergehen. Soll dadurch die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zugunsten des Klägers erhalten bleiben, so folgt daraus, dass der Kläger zunächst einmal einen materiellen *Anspruch* zu behaupten hat. Dabei ist zu beachten, dass hier der Begriff Anspruch in einem technischen Sinne gebraucht wird; er bezeichnet das Recht, eine Leistung vom Beklagten zu verlangen⁴. Fehlt es nämlich an einer allenfalls durchzusetzenden Leistung, so kann dem Kläger die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung durch den Beklagten gar nicht genommen werden⁵. Auf welche materielle Grundlage sich dieser behauptete Anspruch stützt, ist zunächst irrelevant⁶.

1 Zur Begründung, weshalb sich diese Voraussetzungen aus dem Bundesrecht ergeben, vgl. oben S. 68 f.

2 Vgl. unten S. 82 ff.

3 Vgl. oben S. 19 ff.

4 von Tuhr/Peter, S. 15.

5 Die Behauptung eines materiellen Anspruches verlangen sinngemäss ebenfalls Meier, Schaffhausen, S. 76; Stamm, S. 31; Meng, S. 32; Hablützel, S. 86.

6 So zutreffend Vogel, S. 93. Von Bedeutung ist aber die materielle Grundlage für die Glaubhaftmachung des behaupteten Anspruches (unten S. 72 f.) sowie für die inhaltliche Ausgestaltung der Sicherungsmassnahmen (vgl. unten § 13).

Aus dem Gesagten folgt, dass Sicherungsmassnahmen nicht im Zusammenhang mit Feststellungsklagen erlassen werden können⁷. Ein Feststellungsurteil erschöpft sich in der Fixierung einer materiellen Rechtslage und seine Vollstreckung ist deshalb nicht nur unnötig, sondern auch unmöglich⁸. Könnte der Kläger trotzdem eine Sicherungsmassnahme erwirken, so würde damit dem Beklagten ein Verhalten aufgezwungen, das später gestützt auf das Feststellungsurteil nicht unmittelbar durchgesetzt werden könnte; der Kläger erhielte damit mehr zugesprochen, als er im ordentlichen Rechtsschutzverfahren erreichen könnte. Gleiches gilt mit Bezug auf Gestaltungs-klagen. Ein Gestaltungsurteil ist weder vollstreckungsfähig noch vollstreckungsbedürftig⁹, so dass der vom Kläger behauptete "Anspruch" auf Gestaltung der Rechtslage durch den Richter vom Beklagten gar nicht vereitelt werden kann; der Richter kann nicht daran gehindert werden, ein Gestaltungsurteil auszusprechen¹⁰. Vollends unhaltbar ist sodann die Ansicht, dass auch "unklagbare Ansprüche" mit Sicherungsmassnahmen geschützt werden können¹¹. Es ist Sache des materiellen Rechtes zu bestimmen, welche Rechte es gewähren will und ob diese mit staatlicher Hilfe durchgesetzt werden können. Verneint es ausnahmsweise die Klagbarkeit eines Anspruches, so kann diese Anordnung nicht mittels einer Sicherungsmassnahme umgangen werden¹².

III. Die Gefährdung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung durch den Beklagten

Eine weitere, sich zwanglos aus der Natur der Sicherungsmassnahmen ergebende Voraussetzung ist die, dass die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung durch ein Tun oder Unterlassen des Beklagten gefährdet sein muss^{13,14}. Sicherungsmassnahmen können somit nicht zur Abwehr von Gefahren erlassen werden, auf deren Eintritt der Beklagte in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht keinen Einfluss ausüben kann¹⁵.

7 Unrichtig deshalb Gschwend, S. 70.

8 Haubensak, S. 5.

9 Haubensak, S. 5.

10 Bei Gestaltungs-klagen steht aber der Erlass von Regelungsmassnahmen im Vordergrund; vgl. dazu unten S. 131 f.

11 So Sormani, S. 55/56.

12 Vgl. im übrigen auch Minnerop, S. 62, wonach in Deutschland der Kläger nicht schon einen Anspruch haben muss, sondern vielmehr ein Rechtsverhältnis genüge. Diese Ansicht ist wohl eine Folge davon, dass Minnerop den grundsätzlichen Unterschied von Sicherungs- und Regelungsmassnahmen, so wie er zumindest für das schweizerische Recht Geltung hat, nicht kennt.

13 In gleichem Sinne, wenn auch mit verschiedenen Formulierungen, vgl. Meier, Schaffhausen, S. 133; Guldener, Zivilprozessrecht, S. 578; Hablützel, S. 87. Mit Vogel, S. 95/96, eine Beeinträchtigung der (wohl materiellen) Rechtsstellung des Klägers fordern, wäre dagegen nicht sinnvoll, da hierüber im Zeitpunkt des Erlasses der Sicherungsmassnahme keine verbindliche Aussage gemacht werden kann; vgl. dazu oben S. 20 f.

14 Zu der daraus folgenden Dringlichkeit vgl. oben S. 40.

15 So auch Sormani, S. 27.

Da es sich bei der drohenden Gefahr um ein *künftiges* Verhalten des Beklagten handelt, stellt sich die Frage, wie akut die Gefahr sein muss. Eine allgemeingültige Antwort hierauf lässt sich nicht geben. Es ist vielmehr dem Ermessen des Richters überlassen, die jeweilige Aktualität der Gefahr anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu bestimmen. Er wird zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, je nach dem vom Kläger geltend gemachten Anspruch, denn davon hängt auch die Art der angestrebten Rechtsverwirklichung ab. So ist es durchaus denkbar, dass die bloße Verfügungsgewalt des Beklagten über eine Sache, die der Kläger herausverlangt, die Möglichkeit einer späteren Realerfüllung des behaupteten Anspruches bereits gefährdet¹⁶. Macht der Kläger andererseits einen Unterlassungsanspruch geltend, und wurde dieser (angeblich) bereits einmal verletzt, so kann dies darauf hindeuten, dass der Beklagte seine früheren Handlungen wiederholen wird.

IV. Das überwiegende Interesse des Klägers an der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung

1. Allgemeines

Beruhen die bisher erwähnten Voraussetzungen auf der Natur der Sicherungsmassnahmen, ergeben sich die nachfolgend zu behandelnden aus ihrer Wirkung¹⁷. Das mit dem Erlass von Sicherungsmassnahmen verbundene Risiko, dem Beklagten ein Verhalten aufzuerlegen, dass der materiellen Rechtslage widerspricht, lässt sich nur durch ein besonderes Interesse des Klägers rechtfertigen¹⁸.

2. Das Glaubhaftmachen des behaupteten materiellen Anspruches

Besteht beim Erlass von Sicherungsmassnahmen die Gefahr, dass eine der materiellen Rechtslage widersprechende Anordnung getroffen wird, so fragt sich, wie dieses Risiko beurteilt werden soll. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, dass die Begünstigung des Klägers gegenüber dem Beklagten durch eine Sicherungsmassnahme nur dann gerechtfertigt ist, wenn dieses Risiko möglichst klein ist. Wäre dem nicht so, würde dies bedeuten, dass eine beklagte Partei zum vornherein die Nichtverwirklichung ihrer materiellen Rechtsinteressen in Kauf zu nehmen hätte. Dies würde aber nicht nur den bereits erwähnten Bundesrechtssatz, wonach das materielle Recht

¹⁶ In diesem Sinne Graner, S. 23. Vgl. im übrigen dazu unten S. 83.

¹⁷ Vgl. oben S. 38 f.

¹⁸ Huth, S. 26, und schon BGE 63 II 398 und 400.

durch die staatlichen Rechtspflegeorgane durchzusetzen ist, widersprechen¹⁹, sondern dies verstiesse m.E. auch gegen den in Art. 4 BV niedergelegten Gleichbehandlungsgrundsatz. Daraus folgt, dass ein überwiegendes Interesse des Klägers am Erlass einer Sicherungsmassnahme zum vornherein nur dann angenommen werden kann, wenn er mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit dartut, dass er im nachfolgenden ordentlichen Rechtsschutzverfahren siegen wird. Der Kläger hat mit andern Worten seinen behaupteten materiellen Anspruch glaubhaft zu machen²⁰. Es ist erneut darauf hinzuweisen, dass aus dem Erfordernis des Glaubhaftmachens nicht zu schliessen ist, die Sicherungsmassnahme schütze in erster Linie einen materiellen Anspruch; dies lässt sich auch nach einer Glaubhaftmachung nicht schlüssig beurteilen. Die Sicherungsmassnahme schützt nach wie vor lediglich die (vorerst theoretische) Möglichkeit, einen allfälligen Anspruch später realiter durchsetzen zu können. Andererseits ist aber das Glaubhaftmachen des materiellen Anspruches unerlässlich, um das überwiegende Interesse des Klägers an der Sicherungsmassnahme zu beurteilen und ist somit eine vom ungeschriebenen Bundesrecht geforderte Voraussetzung²¹.

3. Die Wiedergutmachbarkeit der möglichen Folgen einer eventuellen Nichtverwirklichung des behaupteten materiellen Anspruches

Sind die bisher erwähnten Voraussetzungen erfüllt, d.h. hat der Kläger seinen behaupteten materiellen Anspruch glaubhaft gemacht und droht die Gefahr, dass ihm durch das Verhalten des Beklagten die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung verlohrenght, so könnte man das überwiegende Interesse des Klägers am Erlass einer Sicherungsmassnahme als erwiesen betrachten. Wie schon früher erläutert²², bedeutet der Verlust der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung an sich schon eine Benach-

19 Vgl. dazu oben S. 66 f.

20 So auch der überwiegende Teil der Lehre und Rechtsprechung. Vgl. etwa Sträuli/Messmer, N 7 zu 110 und N 26 zu 222; Leuch, N 3 zu 326, S. 299/300; Hasenböhler, S. 20; Sormani, S. 57; BGE 103 II 124 ff.; ZR 77, 9; SJZ 53 (1957) 109 f. Zum gleichen Ergebnis, jedoch mit anderer Begründung, gelangt auch Vogel, S. 96. Zum Begriff der Glaubhaftmachung vgl. oben S. 49 f.

21 Zu wenig eindeutig deshalb BGE 97 I 488, der das Glaubhaftmachen des materiellen Anspruches lediglich als eine nicht unhaltbare Voraussetzung bezeichnet. Zu weitgehend dagegen ZR 77, 53, wo bei der Beurteilung eines Unterlassungsanspruches gestützt auf Art. 28 ZGB festgehalten wird, dass trotz fehlender Anhaltspunkte für oder gegen eine Gefahr der Wiederholung der Verletzungshandlung im Zweifel ein Rechtsschutzinteresse des Klägers anzunehmen und damit ein Unterlassungsanspruch zu bejahen ist. Bestehen keinerlei Anhaltspunkte für eine Wiederholungsgefahr, so sind die anspruchsbegründenden Tatsachen nicht glaubhaft gemacht. Abzulehnen ist auch Stamms Ansicht (S. 19/20), der die Begründetheit oder Unbegründetheit des materiellen Anspruches als irrelevant betrachtet. Vollends unannehmbar ist sodann Graners Meinung (S. 18), wonach selbst ein offenbar unbegründeter Anspruch Grundlage einer Sicherungsmassnahme sein könne.

22 Vgl. oben S. 25 f.

teilung des Klägers, die es durch Sicherungsmassnahmen abzuwehren gilt²³. Gleichwohl gibt es aber Situationen, bei denen sich trotz Vorliegens dieser Voraussetzungen der Erlass von Sicherungsmassnahmen unter keinen Umständen rechtfertigt.

Mit der Sicherung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung soll ja verhindert werden, dass dem Kläger im Falle seines Obsiegens im ordentlichen Rechtsschutzverfahren die Realerfüllung seines Anspruches verlorenggeht und er damit auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen angewiesen ist, die oftmals nur eine unvollkommene Wiedergutmachung sind²⁴. Stellt sich nun aber heraus, dass diese aus einer *eventuellen* Nichtverwirklichung folgenden Nachteile ohne weiteres wiedergutmachbar sind, d.h. die Wiedergutmachung dem Kläger praktisch die gleiche Stellung gibt, wie wenn er seinen Anspruch verwirklicht hätte, so rechtfertigt sich eine Sicherungsmassnahme ganz offensichtlich nicht²⁵. Es ist nämlich daran zu erinnern, dass die Glaubhaftmachung des materiellen Anspruches zwar das Risiko einer zu Unrecht ergehenden Sicherungsmassnahme vermindert, dieses aber nicht beseitigt; die Interessen des Beklagten können deshalb gleichwohl durch eine zu Unrecht ergehende Sicherungsmassnahme verletzt werden. Es wäre aber untragbar, diese Gefahr für den Beklagten in Kauf zu nehmen, obwohl der Kläger beim Unterbleiben einer Sicherungsmassnahme keine nennenswerten Einbussen erleidet. Dem Kläger muss, mit andern Worten, die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung nicht um jeden Preis erhalten werden. Vielmehr hat er gewisse Nachteile, die mit der Erledigung des Rechtsstreites im ordentlichen Rechtsschutzverfahren notwendig verbunden sind, in Kauf zu nehmen, wenn diese leicht wiedergutmachbar sind²⁶. Dabei ist allerdings ein strenger Massstab anzulegen. Immerhin werden damit die überwiegende Anzahl jener Fälle erfasst, in denen der Beklagte *ausschliesslich* die Erfüllung eines positiven Leistungsanspruches verzögert, indem er die definitive Beurteilung des Anspruches im ordentlichen Rechtsschutzverfahren abwartet. Wie schon erwähnt²⁷, bedeutet streng genommen bereits die Verzögerung einer Leistung den Verlust der Möglichkeit einer vollständigen Rechtsverwirklichung für den Kläger; denn zur Rechtsverwirklichung gehört nicht nur die inhaltlich richtige, sondern auch die zeitgerechte Erfüllung. In den meisten dieser Fälle rechtfertigt sich aber eine Sicherungsmassnahme nicht, wenn der Kläger später im Falle seines Obsiegens ohne weiteres in den Genuss der

23 In diese Richtung zielen auch Sträuli/Messmer, N 26 zu 222, und Meng, S. 39, obwohl sie nicht von der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung, sondern von der Gefährdung eines Anspruchs bzw. der Realexécution sprechen (vgl. dazu oben S. 20 ff.). Auch Hasenböhler, S. 14, bewegt sich auf der selben Linie, indem er hervorhebt, dass unter dem Gesichtspunkt der Präventivfunktion der Sicherungsmassnahmen die Art des zu erwartenden Nachteils keine Rolle spielt.

24 Diese *Folgen* des Verlusts der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung werden nachfolgend in Anlehnung an den in der Lehre und Rechtsprechung üblichen Sprachgebrauch generell als *Nachteile* bezeichnet. Dies darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass der unmittelbar abzuwendende Nachteil der Verlust der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung ist.

25 So auch Meng, S. 62, der das Bestehen eines Nachteils verneint, wenn eine vollwertige Ersatzleistung vorhanden ist.

26 So auch Hasenböhler, S. 15, wonach sich bei blossen Unzukömmlichkeiten das Risiko einer Sicherungsmassnahme nicht rechtfertige.

27 Vgl. oben S. 24 f.

Leistung kommt; dieser ohne weiteres wiedergutmachbare Nachteil der Verzögerung rechtfertigt das Risiko einer Sicherungsmassnahme nicht²⁸.

Ansonsten hängt die Frage, ob ein Nachteil leicht wiedergutmachbar ist, von der Art des behaupteten materiellen Anspruches ab. Allgemein lässt sich nur sagen, dass es zunächst einmal möglich sein muss, den zu erwartenden Nachteil einer eventuellen Nichtverwirklichung abschätzen zu können. Droht also dem Kläger z.B. ein Vermögensschaden, so muss dieser nicht nur in Franken und Rappen bezifferbar, sondern auch beweisbar sein; fehlt es daran, so ist der Nachteil zum vornherein nicht leicht wiedergutmachbar²⁹. Sodann muss aber auch die allenfalls in Betracht kommende Ersatzleistung der ursprünglich geschuldeten Leistung in etwa äquivalent sein. Es genügt somit nicht, dass der Nachteil bloss ersetzbar ist, die Ersatzleistung muss auch das ursprüngliche Interesse des Klägers befriedigen³⁰. Dabei ist es aber nicht zwingend notwendig, dass die ursprüngliche Leistung und die Ersatzleistung gleichartig sind. Wenn der Kläger eine Speziessache verlangt, an der er aber rein finanzielle Interessen hat, ist es durchaus denkbar, dass eine Geldsumme für die Wiedergutmachung genügt. Verursacht aber der Verlust des ursprünglichen Anspruches darüber hinaus noch immateriellen Schaden, so fällt eine Wiedergutmachung mit Geld ausser Betracht³¹. Schliesslich ist ein Nachteil auch dann nicht leicht wiedergutmachbar, wenn die Ersatzleistung nicht ohne weiteres vom Beklagten erhältlich wäre, was namentlich dann in Betracht fällt, wenn seine Zahlungsfähigkeit zweifelhaft ist³².

4. Die sog. offene Verfügung (Exkurs)

Leipold hat für den deutschen Rechtsbereich den Begriff der offenen Verfügung als Alternative zu den herkömmlichen einstweiligen Verfügungen entwickelt³³.

28 Vgl. aber Art. 281 ff. ZGB, wo kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift die blossе Verzögerung einer positiven Leistung den Erlass einer Sicherungsmassnahme (beim Vorliegen der weiteren Voraussetzungen) rechtfertigt. Interessant ist sodann der Vergleich mit dem Institut der staatsrechtlichen Beschwerde gestützt auf Art. 4 BV gegen Zwischenentscheide gemäss Art. 87 OG. Eine solche Beschwerde ist zulässig, wenn sonst *nichtwiedergutmachbare* Nachteile drohen würden, und das Bundesgericht hat dazu in BGE 93 I 401 und 403 ausgeführt, dass ein solcher Nachteil bestehe, wenn der Beschwerdeführer für eine bestimmte Zeit nicht über einen Geldbetrag verfügen könne (vgl. dazu auch Ludwig, S. 178). Vgl. demgegenüber das Institut der Selbsthilfe (Art. 52 Abs. 3 OR), dessen Inanspruchnahme gemäss Landmann, S. 117, bei blosser Gefahr der Verzögerung der Rechtsverwirklichung nicht erlaubt ist. Die Selbsthilfe ist allerdings streng von der Sicherungsmassnahme zu trennen. Sie ersetzt in gewissen Ausnahmefällen die staatliche Rechtspflege, indem ein Rechtssubjekt gewissermassen zum Kläger und Richter in Personalunion wird. Demgegenüber sind Sicherungsmassnahmen im staatlichen Rechtsschutzprozess integriert und ergänzen diesen.

29 So auch Meng, S. 63. Vgl. als Beispiel BGE 94 I 11.

30 So auch Hablützel, S. 88, und Hasenböhler, S. 14.

31 Sormani, S. 31/32. Vgl. als Beispiele BGE 106 II 69/70; Mitt. 1977 S. 179 ff.

32 So auch Sträuli/Messmer, N 8 zu 110; Leuch, N 6 zu 326, S. 304; Vogel, S. 96; Sormani, S. 32.

33 Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München 1971. Nachfolgend wird,

Obwohl zwischen dem deutschen und schweizerischen Zivilprozessrecht grundlegende Unterschiede bestehen, rechtfertigt es sich, Leipolds Theorie näher zu betrachten, da sie an der zuvor erläuterten Problematik des überwiegenden Interesses des Klägers am Erlass einer Sicherungsmassnahme anknüpft.

a) Ausgangslage

Gemäss herrschender deutscher Lehre beziehen die einstweiligen Verfügungen ihre sachliche Rechtfertigung aus dem materiellen Recht, aus dem Recht haben in der Hauptsache³⁴. Deshalb wird verlangt, dass der materiell-rechtliche Anspruch durch das Gericht geprüft wird, wobei die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich glaubhaft zu machen sind, die rechtliche Würdigung durch das Gericht dagegen umfassend sein muss³⁵. Für das Glaubhaftmachen gilt die Besonderheit, dass unter Umständen eine eidesstattliche Versicherung genügen kann³⁶; leistet der Kläger genügend Sicherheit, so kann sogar gänzlich von einer Glaubhaftmachung abgesehen werden³⁷. Ansonsten herrscht aber auch in der deutschen Lehre keine Einigkeit über den erforderlichen Grad des Glaubhaftmachens im Einzelfall³⁸.

Die auf dieser Vorausprüfung beruhenden, sog. materiell-akzessorischen Verfügungen betrachtet Leipold deshalb als bedenklich, weil einerseits keine Garantie für ihre Richtigkeit besteht und andererseits die unterlegene Partei oftmals davon abgehalten wird, einen ordentlichen Prozess zu riskieren, da eine Änderung der (schon einmal umfassend erfolgten) rechtlichen Würdigung durch das ordentliche Gericht nicht sehr wahrscheinlich sei³⁹. Dies und der weitere Umstand, dass der ordentliche Prozess allgemein zu lange dauert, führt gemäss Leipold dazu, dass das einstweilige Rechtsschutzverfahren trotz seiner mangelhaften Ausgestaltung oft anstelle des ordentlichen Verfahrens tritt⁴⁰.

Leipold kritisiert weiter auch, dass die herrschende Lehre den Erlass einstweiliger Verfügungen nicht von einer Interessenabwägung abhängig mache, sondern einseitig auf die Vorausprüfung der materiellen Rechtslage abstelle. Zwar sind nach herrschender Ansicht die Interessen des Beklagten bei der Auswahl der Massnahme zu berücksichtigen, doch hat dieser auch einschneidende Massnahmen zu dulden, wenn nur so die Interessen des Klägers gewahrt werden können⁴¹.

Diese Ausgangslage führt Leipold dazu, der materiell-akzessorischen Verfügung den Typus der sog. offenen (interessenabwägenden) Verfügung gegenüberzustellen.

soweit es um die Darstellung des deutschen Rechtes geht, der Begriff "einstweilige Verfügung" statt "Sicherungsmassnahme" verwendet.

34 Leipold, Grundlagen, S. 19.

35 Leipold, Grundlagen, S. 12 und 20 ff.

36 § 294 Abs. 1 dZPO.

37 §§ 921 Abs. 2 und 936 dZPO.

38 Leipold, Grundlagen, S. 22 f. und 64 ff.

39 Leipold, Grundlagen, S. 12 ff. und 91.

40 Leipold, Grundlagen, S. 11.

41 Leipold, Grundlagen, S. 89 f.

b) Die offene (interessenabwägende) Verfügung

Das Hauptmerkmal der offenen Verfügung besteht darin, dass zunächst jede Vorausprüfung der materiell-rechtlichen Grundlagen zu vermeiden ist. Sodann sind die durch die beantragte einstweilige Verfügung betroffenen Parteiinteressen gegeneinander abzuwägen.

Leipolds Überlegungen setzen bei der Natur des einstweiligen Rechtsschutzes ein. Dabei setzt er dessen Rechtsschutzfunktion in den Hintergrund und legt vermehrt Gewicht auf das Merkmal der Eiligkeit und Vorläufigkeit⁴². Demgemäss erschöpfe sich der Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes darin, bis zur Gewährung des endgültigen Rechtsschutzes eine interessengerechte Zwischenregelung zu schaffen. Sie soll "vor Gefahren schützen, die sich für die Interessen des Klägers aus dem zu erwartenden oder zu befürchtenden Geschehensablauf bis zur endgültigen Entscheidung ergeben"⁴³. Die Interessenabwägung geschieht dadurch, dass das Gericht einerseits den Geschehensablauf ins Auge fassen muss, "wie er ohne Erlass einer einstweiligen Verfügung eintreten würde, und prüfen (muss), welche Nachteile sich daraus für die (behauptete) Rechtsstellung des Klägers ergeben würden. Dabei ist also zu unterstellen, dass sich der Rechtsstandpunkt des Klägers später als zutreffend erweist. Zum andern hat aber das Gericht zu erwägen, welche Nachteile der Erlass einer Eilmassnahme dem Beklagten zufügen würde, sofern die Hauptsacheentscheidung zu seinen Gunsten ausfallen sollte"⁴⁴. Dieser Interessenvergleich geschieht zunächst dadurch, dass auf die unmittelbar eintretenden Nachteile abzustellen ist, also z.B. auf die drohende Gefahr, eine beanspruchte Sache nicht mehr zu erhalten. Zu berücksichtigen ist sodann aber auch, wie weit die befürchteten Nachteile durch Schadenersatzleistungen wiedergutmachbar sind, und ob die Verwirklichung allfälliger Ersatzansprüche auf Schwierigkeiten stossen würde. Schliesslich kommt auch in Betracht, ob durch eine Sicherheitsleistung des Klägers dem befürchteten Nachteil des Beklagten begegnet werden kann⁴⁵.

c) Die Verbindung der materiell-akzessorischen und der offenen Verfügung

Leipold schliesst in eng begrenztem Rahmen die materiell-akzessorische Begründung einer einstweiligen Verfügung nicht aus. In den Fällen, in welchen der materiell-rechtliche Anspruch nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite klar als gegeben zutage tritt, ist das Gericht befugt, nur gestützt darauf und ohne Interessenabwägung eine einstweilige Verfügung zu erlassen. Entbehrt dagegen der behauptete materielle Anspruch jeder rechtlichen Grundlage, so ist das Begehren entsprechend abzuleh-

42 Leipold, Grundlagen, S. 53.

43 Leipold, Grundlagen, S. 82/83.

44 Leipold, Grundlagen, S. 54.

45 Leipold, Grundlagen, S. 96.

nen⁴⁶. Eine Interessenabwägung hat somit nur dann zu erfolgen, wenn das Gericht nach einer überschlagsmässigen Prüfung zum Ergebnis gelangt, dass der Bestand des behaupteten materiellen Anspruches wenigstens möglich ist; der materiell-rechtliche Anspruch darf nicht als unzweifelhaft unbegründet erscheinen⁴⁷.

d) Kritische Würdigung der offenen Verfügung

Eine kritische Würdigung aus schweizerischer Sicht baut zwangsläufig auf schweizerische Rechtsverhältnisse und damit auf einer anderen Ausgangslage auf. Die von Leipold für Deutschland festgestellte Tendenz, den ordentlichen Rechtsschutz durch den Erlass von einstweiligen Verfügungen zu verdrängen, trifft für schweizerische Verhältnisse nicht oder zumindest nicht im gleichen Umfange zu⁴⁸. Zum einen wird beim Erlass von Sicherungsmassnahmen auf eine umfassende Würdigung der materiell-rechtlichen Berechtigung in der Regel verzichtet⁴⁹, so dass der mit der Hauptklage befasste ordentliche Richter durchaus genügend Spielraum hat, eine andere Ansicht zu vertreten. Zum andern wird dem Kläger mit Erlass der Sicherungsmassnahme eine Frist angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine ordentliche Klage anzuheben; bei unbenütztem Ablauf der Frist fällt die Massnahme dahin⁵⁰. Damit wird verhindert, dass sich der Kläger mit der Sicherungsmassnahme zufrieden gibt. Eine entsprechende Regelung ist aber der deutschen Zivilprozessordnung unbekannt.

Abgesehen von der unterschiedlichen Ausgangslage sind aber an der Theorie der offenen Verfügung auch grundsätzliche Vorbehalte anzubringen. Zunächst ist Leipolds Ansicht zu widersprechen, dass sich der Zweck der einstweiligen Verfügung (bzw. der Sicherungsmassnahme) in der Herstellung einer interessengerechten Zwischenregelung *erschöpft*. Es lässt sich nicht an der Tatsache vorbeischaun, dass der Kläger eine Sicherungsmassnahme *im Hinblick auf* "das Recht haben in der Hauptsache", d.h. auf die endgültige Rechtsverwirklichung, beantragt. Der Beklagte widersetzt sich diesem Ansinnen seinerseits mit der Behauptung, dass der Ausgang des Rechtsstreites zu seinen Gunsten lauten wird. Daraus folgt, und darin ist Leipold zuzustimmen, dass der Interessenkonflikt zwischen den Parteien sich an den möglichen nachteiligen Folgen einer zu Unrecht ergehenden Sicherungsmassnahme, bzw. ihres ungerechtfertigten Unterbleibens entzündet. Daraus kann aber noch nicht der Schluss gezogen werden, dass diese Nachteile allein massgebend sind für die Lösung des Interessenkonflikts. Die Folgen einer zu Unrecht ergangenen oder unterbliebenen Sicherungsmassnahme hängen im konkreten Einzelfall vielfach von "Zufälligkeiten"

46 Leipold, Grundlagen, S. 93.

47 Leipold, Grundlagen, S. 94 f. und 96.

48 Es ist allerdings zu vermerken, dass bei Sicherungsmassnahmen im Bereich des Immaterialgüterrechtes der Ausgang des Massnahmeverfahrens oftmals als Grundlage für die Erledigung des Rechtsstreites durch Vergleich dient. Nicht selten hört man von praktisch tätigen Juristen den Ausspruch: "Gewinnst du das Massnahmeverfahren, so gewinnst du auch den Prozess."

49 Vgl. oben S. 54 f.

50 Vgl. dazu auch unten S. 87 f.

ab, die für die Beurteilung des *rechtlich* relevanten Interesses nicht massgebend sein können. Stehen nämlich beim Erlass von Sicherungsmassnahmen vorwiegend wirtschaftliche Interessen auf dem Spiel, und dies dürfte für die überwiegende Anzahl der Fälle zutreffen, müsste nach der Theorie der offenen Verfügung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Parteien entscheidendes Gewicht zukommen. Dies hätte zur Folge, dass regelmässig zugunsten der wirtschaftlich schwächeren Partei entschieden werden müsste. Abgesehen davon, dass es grundsätzlich fragwürdig erscheint, mit Sicherungsmassnahmen solche wirtschafts- bzw. sozialpolitische Ziele zu verfolgen, wäre das Vorgehen umso bedenklicher, wenn eine überschlagsmässige Prüfung der materiellen Rechtslage ergäbe, dass die Sicherungsmassnahme wahrscheinlich der später festzustellenden Rechtslage widerspricht. Bekennt man sich zur fundamentalen Aufgabe des Zivilprozessrechtes, nämlich das materielle Recht tatsächlich durchzusetzen⁵¹, so bleibt nichts anderes übrig, als das Risiko einer "Fehlentscheidung" im Massnahmeverfahren möglichst klein zu halten. Dies wiederum kann nicht anders erreicht werden als durch summarische Prüfung des behaupteten materiellen Anspruches. Dabei müssen, wie gezeigt wurde, die nachteiligen Folgen einer Nichtverwirklichung nicht unbeachtet bleiben; sie sind jedoch nur dann wesentlich, wenn sie leicht wiedergutmachbar sind. Die von Leipold vorgeschlagene offene Verfügung würde sodann auch zu einer Verselbständigung des Massnahmeverfahrens innerhalb des staatlichen Rechtsschutzes führen, indem der Entscheid über die Sicherungsmassnahme auf eine andere Ebene, nämlich die der eventuellen Nachteile und ihrer Ersetzbarkeit, verlagert würde. Hiezu bedürfte es, zumindest für das schweizerische Recht, einer materiell-rechtlichen Grundlage. Ein Rechtssatz, wonach einem andern ein Schaden zugefügt werden darf, sofern dieser möglichst klein gehalten wird, ist im geltenden Privatrecht unbekannt. Eine offene Verfügung wäre deshalb m.E. bundesrechtswidrig.

Schliesslich erweckt Leipold Lösung auch Bedenken bei ihrer praktischen Durchführung. Die Abwägung der Nachteile, die durch ungerechtfertigte Ablehnung bzw. Gutheissung einer Sicherungsmassnahme der einen oder anderen Partei entstehen können, betrifft Umstände, die ausschliesslich in der Zukunft liegen. Es ist aber zweifelhaft, ob die dadurch notwendig werdenden Spekulationen über das künftige Geschehen für sich allein zu besseren Ergebnissen führen als die Beurteilung der materiellen Rechtslage, die sich auf vergangene Tatsachen stützen kann. Relativ unproblematisch dürfte die Interessenabwägung dann sein, wenn sich zwei von der Rechtsordnung verschieden bewertete Rechtsgüter gegenüberstehen⁵². Wird der Kläger z.B. beim Unterbleiben der Massnahme in seinen Persönlichkeitsrechten verletzt, während der Beklagte lediglich eine Vermögenseinbusse erleidet, falls sich die

51 Leipold, Strukturfragen, S. 268, scheint gerade von diesem Grundgedanken abzuweichen, wenn er sagt: "Auch im Zivilprozess müssen wir uns von der Vorstellung frei machen, dass Recht existiere eigentlich schon ganz unabhängig vom Prozess und vom Urteil und brauche nur richtig gesehen zu werden. Stattdessen verdient die rechtsschöpfende Funktion des Prozesses stärkere Beachtung."

52 Vgl. dazu Leipold, Grundlagen, S. 96.

Massnahme nachträglich als unrichtig erweist, so wird man wohl meistens von einem überwiegenden Interesse des Klägers sprechen dürfen. Wie ist aber zu entscheiden, wenn zwei gleichwertige Rechtsgüter einander gegenüberstehen⁵³? Nehmen wir an, zwei technische Verfahren zur Herstellung desselben Produktes stehen zur Diskussion, wovon dasjenige des Klägers durch ein Patent geschützt ist. A behauptet, das Verfahren des Beklagten B verletze sein Patent. B bestreitet dies und behauptet seinerseits, sein Verfahren unterscheide sich in wesentlichen Punkten von demjenigen des A. Eine überschlagsmässige Prüfung ergibt, dass eine Verletzung des Patentes nicht evident ist; eine weitere Prüfung der materiell-rechtlichen Grundlagen hat somit nicht zu erfolgen. Die nun anschliessende Abwägung der Nachteile ist alles andere als leicht. Die Parteien werden ohne Zweifel die Nachteile, die sie bei der Gutheissung bzw. Ablehnung eines Verbotes des Verfahrens des B erwarten, in den düstersten Farben ausmalen, ohne dass das Gericht die Möglichkeit hätte, auch nur annähernd deren Richtigkeit abzuschätzen, ganz zu schweigen von der Bezifferung des Schadens. Ein überwiegendes Interesse von A oder B wäre in einem solchen Fall kaum feststellbar.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für den schweizerischen Rechtsbereich eine offene Verfügung nicht nur bundesrechtswidrig, sondern auch unnötig ist. Die zuvor dargelegten, sich aus dem Bundesrecht ergebenden Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen bieten genügend Gewähr dafür, dass der Interessenkonflikt zwischen den Parteien zweckmässig gelöst wird. Darüber hinaus haben die Kantone innerhalb dieses vom Bundesrecht gesteckten Rahmens weitere Möglichkeiten, den Interessenkonflikt zu mildern⁵⁴.

V. Zusammenfassung

Ungeschriebenes Verfahrensrecht des Bundes schreibt den Kantonen vor, ihre Zivilprozessordnungen so auszugestalten, dass das materielle Recht möglichst unverkürzt durchgesetzt werden kann. Dazu gehört auch die Möglichkeit, gegebenenfalls eine Sicherungsmassnahme erwirken zu können. Da nun aber die Sicherung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zugunsten einer Partei umgekehrt einen entsprechenden Verlust für die Gegenpartei bedeuten kann, können die vom Bundesrecht vorgeschriebenen Sicherungsmassnahmen ihrerseits den Zweck des Zivilprozessrechtes gefährden. Daraus folgt, dass nur das Bundesrecht als Urheber dieses Konfliktes die grundsätzlichen Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen bestimmen kann. Der Kläger hat demgemäss glaubhaft zu machen, dass:

53 Hinzu kommt noch die weitere Problematik, im Einzelfall den Wert eines Rechtsgutes zuverlässig zu bestimmen.

54 Vgl. unten § 11.

1. die Möglichkeit der Verwirklichung seines behaupteten materiellen Anspruches durch das Verhalten des Beklagten gefährdet ist,
2. sein behaupteter materieller Anspruch wahrscheinlich besteht und
3. ihm ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

§ 11 Bundesrechtliche Schranken für das kantonale Verfahren betreffend Sicherungsmassnahmen

I. Vorbemerkungen

Sind die Sicherungsmassnahmen ein Institut des Prozessrechtes, so sind die Kantone befugt, darüber zu legiferieren, sofern diese Freiheit nicht durch das Bundesrecht eingeschränkt ist. Die soeben erläuterten Voraussetzungen zum Erlass von Sicherungsmassnahmen, die im ungeschriebenen Verfahrensrecht des Bundes verankert sind, stellen eine solche Einschränkung dar. Dies bedeutet jedoch nicht, dass für kantonale Vorschriften kein Raum bleibt. Die Kantone sind vielmehr befugt, eigene Vorschriften mit Bezug auf die Sicherungsmassnahmen zu erlassen, sofern sich dies mit deren Wesen und Zweck vereinbaren und im Hinblick auf den geschilderten Interessenkonflikt¹ vertreten lässt. Was für das Verhältnis von kantonalem Prozessrecht und Bundesprivatrecht gilt, muss auch im Verhältnis von kantonalem Prozessrecht und Bundesverfahrensrecht gelten. Kantonales Recht verletzt Bundesrecht erst dann, wenn es dessen Durchsetzung in unerträglicher oder unzulässiger Weise erschwert, und nicht schon, wenn an sich zweckmässige Lösungen denkbar wären². Gegenstand des vorliegenden Paragraphen ist es, anhand einiger kantonalen, die Sicherungsmassnahmen betreffenden Prozessnormen die Grenzen des durch das ungeschriebene Bundesrecht gesteckten Rahmens konkreter aufzuzeigen.

II. Sicherungsmassnahmen zum Schutze des unmittelbaren Streitgegenstandes

Einige kantonale Prozessordnungen kennen abstrakt formulierte Bestimmungen, wonach es verboten ist, während der Rechtshängigkeit eines Zivilprozesses den unmittelbaren Streitgegenstand zu verändern³. Diese "prozesspolizeilichen Bestimmungen"⁴ sehen jeweils für ihre Verletzung keine Sanktionen vor, so dass es nach herrschender Auffassung zu ihrer Durchsetzung des Erlasses von Sicherungsmassnahmen bedarf⁵. Bezüglich dieser Sicherungsmassnahmen wird die Auffassung vertreten, dass sie unter weniger strengen Voraussetzungen zu erlassen seien als in anderen Fällen. Insbesondere sei der behauptete materielle Anspruch nicht glaubhaft

¹ Vgl. oben S. 47 f.

² Vgl. BGE 96 II 437 und 104 I a 105 ff.

³ Vgl. für Zürich 107 Ziff. 3, wonach eine Veränderung nur mit Bewilligung des Gerichtes gestattet ist. In den Kantonen Bern und Luzern gelten diese Verbote gemäss Sormani, S. 82/83, und Kummer, Grundriss, S. 265, nur, wenn eine dingliche Klage anhängig ist.

⁴ So Kupfer, S. 75.

⁵ Vgl. etwa Graner, S. 18 und ZR 47, 78.

zu machen; vielmehr genüge es, wenn er nicht offensichtlich unbegründet sei⁶. Diese Ansicht blieb nicht unwidersprochen. Während *Voyame*⁷ schon die Zulässigkeit der erwähnten abstrakten Verbote bezweifelt, hebt *Meng*⁸ hervor, dass Sicherungsmassnahmen zum Schutze des unmittelbaren Streitgegenstandes den gleichen Voraussetzungen unterliegen wie die übrigen. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, und sie ist dahingehend zu ergänzen, dass der Erlass von Sicherungsmassnahmen ohne Glaubhaftmachen des materiellen Anspruches dem Bundesrecht widersprechen würde⁹. Das Nichtbeurteilen des materiellen Anspruches erinnert an die oben geschilderte offene Verfügung¹⁰. Im Unterschied dazu folgt aber keine Interessenabwägung im Sinne *Leipolds*. Würde die befürchtete Veränderung den Kläger benachteiligen, so ist eine Sicherungsmassnahme zu erlassen. Der Nachteil, der dem Beklagten erwachsen kann, falls sich die Massnahme nachträglich als falsch erweist, bleibt unberücksichtigt. Damit ist aber auch gesagt, dass sich der Beklagte zum vornherein mit Schadenersatzansprüchen zufriedengeben muss, wenn er im Hauptprozess obsiegen sollte. Dies widerspricht aber dem Grundsatz, dass zunächst beide Parteien die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung haben müssen. Ein vom Gericht sanktionierter Verlust derselben kann dem Beklagten nur dann zugemutet werden, wenn sich der Kläger über ein überwiegendes Interesse ausweist. Die Tatsache aber, dass der Beklagte im Besitze einer Sache ist, die der Kläger herausverlangt, ist als solche noch kein Nachweis dieses Interesses. Das Risiko, ungerechtfertigterweise in die Rechtssphäre des Beklagten einzugreifen, ist nur dann tragbar, wenn der Kläger wenigstens seinen materiellen Anspruch glaubhaft macht; dazu genügt es nicht, dass dieser nicht offensichtlich unbegründet ist. Demgegenüber kann der besonderen Situation, die bei diesem sog. Schutz des unmittelbaren Streitgegenstandes jeweils vorhanden ist, dadurch Rechnung getragen werden, dass die weitere Voraussetzung der Gefahr des Verlusts der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung für den Kläger flexibler gehandhabt wird. So wie der Richter ganz allgemein einen weiten Ermessensspielraum beim Erlass von Sicherungsmassnahmen hat, kann er auch hier eine solche Gefahr rascher annehmen, wenn der Beklagte die tatsächliche Gewalt über eine im Streite liegende Sache hat. Immerhin muss sich aber auch hier anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zeigen, dass der Beklagte ein gefährdendes Verhalten beabsichtigt; die blossе Innehabung der tatsächlichen Gewalt für sich allein gefährdet die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung noch nicht¹¹. Sodann ist auch notwendig, dass die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung auch wirklich gefährdet ist, was bei einer blossen örtlichen Veränderung des Streitgegenstandes meistens nicht der Fall sein dürfte¹².

6 Vgl. Sträuli/Messmer, N 9 zu 110; Leuch, N 4 zu 326, S. 301; ZR 65, 122.

7 *Voyame*, S. 166.

8 *Meng*, S. 53/54; vgl. auch ZR 68, 105, wo generell statuiert wird, dass für Sicherungsmassnahmen solange kein Raum bleibt, als der materielle Anspruch nicht wenigstens glaubhaft gemacht worden ist.

9 Vgl. oben S. 70 f.

10 Vgl. oben S. 75 ff.

11 M.E. unrichtig deshalb *Sormani*, S. 86; ZR 50, 11; 47, 78.

12 M.E. unrichtig deshalb ZR 28, 69.

Zusammenfassend kann aus den obigen Erläuterungen der Schluss gezogen werden, dass es den Kantonen untersagt ist, Sicherungsmassnahmen unter weniger weitgehenden Voraussetzungen zu gewähren, als dies das ungeschriebene Bundesverfahrensrecht vorsieht.

III. Die Sicherheitsleistung

1. Die Sicherheitsleistung des Klägers

Mit einer Ausnahme sehen sämtliche Kantone vor, dass der Erlass von Sicherungsmassnahmen von der Leistung von Sicherheit durch den Kläger abhängig gemacht werden kann¹³. Die Sicherheitsleistung ist ein Mittel zur Milderung des Interessenkonflikts¹⁴ und dient zur Deckung allfälligen Schadens, den der Beklagte infolge einer ungerechtfertigten Sicherungsmassnahme erleiden kann. Die Kantone sind aber in der Handhabung dieses Instrumentes insofern beschränkt, als sie die Leistung von Sicherheit durch den Kläger nicht zur absoluten und unabdingbaren Voraussetzung für den Erlass von Sicherungsmassnahmen machen können¹⁵. Sind die bundesrechtlichen Voraussetzungen vom Kläger erfüllt, so ist ein überwiegendes Interesse an der Sicherung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung erwiesen und die Sicherungsmassnahme zu erlassen. Daraus folgt aber umgekehrt, dass die tatsächliche Leistung von Sicherheit durch den Kläger das Vorhandensein der Voraussetzungen nicht ersetzt¹⁶. Der Richter kann und soll somit gestützt auf kantonales Zivilprozessrecht zu einer Sicherheitsleistung anhalten, und zwar in einem Umfange, der einen allfälligen späteren Schaden auch tatsächlich deckt. Stellt sich aber heraus, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Klägers hierfür ungenügend ist, so ist die Sicherheitsleistung entsprechend zu reduzieren, oder es ist vollständig von ihr abzusehen.

Ob die Sicherheitsleistung von Amtes wegen aufzuerlegen sei oder nicht, ist durch das kantonale Recht zu regeln. Ausser bei den superprovisorischen Massnahmen, bei denen der Beklagte gar keine Gelegenheit hat, einen entsprechenden Antrag zu stellen, scheint es m.E. zweckmässiger, vom Beklagten einen entsprechenden Antrag zu verlangen¹⁷.

¹³ In der ZPO des Kantons Uri ist die Möglichkeit einer Sicherheitsleistung nicht erwähnt.

¹⁴ Vgl. oben S. 56 sowie Ziegler, S. 85/86; BGE 99 II 347; ZR 49, 19.

¹⁵ In diesem Sinne auch Sormani, S. 146; Hasenböhler, S. 41; Haubensak, S. 71; für den Bereich des PatG, Mitt. 1976, S. 201. A.A. Leuch, N 1 zu 329 und ZR 33, 17.

¹⁶ So richtig Sormani, S. 149; Hasenböhler, S. 41; ZR 77, 9.

¹⁷ In diesem Sinne auch Meng, S. 126; Hasenböhler, S. 42; Ziegler, S. 91. Für eine Auferlegung von Amtes wegen Sormani, S. 147; Stamm, S. 50/51.

2. Die Sicherheitsleistung des Beklagten

Verschiedentlich ist vorgesehen, dass auf den Erlass einer Sicherungsmassnahme verzichtet werden kann, wenn der Beklagte angemessene Sicherheit leistet¹⁸. Dies bedeutet, dass die eventuellen nachteiligen Folgen einer zu Unrecht abgelehnten Sicherungsmassnahme zum vornherein durch den Kläger zu tragen sind. Daraus sind ähnliche Schlussfolgerungen zu ziehen wie oben bei der Sicherheitsleistung durch den Kläger. Die Leistung von Sicherheit kann kein entscheidendes Kriterium für den Erlass von Sicherungsmassnahmen sein. Zunächst kann eine Sicherheit durch den Beklagten zum vornherein nur dann in Betracht fallen, wenn sie geeignet ist, eine all-fällige Nichtverwirklichung des klägerischen Anspruches tatsächlich wiedergutmachen¹⁹. Ist dies der Fall, so fehlt es aber bereits schon an einer vom Bundesrecht vorgeschriebenen Voraussetzung für den Erlass von Sicherungsmassnahmen, weil damit der vom Kläger behauptete Nachteil leicht wiedergutmachbar ist. Ist dies aber nicht der Fall, so kann die Leistung von Sicherheit durch den Beklagten das über-wiegende Interesse des Klägers am Erlass einer Sicherungsmassnahme nicht zerstö-ren, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind²⁰. Die Ablehnung einer Siche-rungsmassnahme unter diesen Umständen wäre bundesrechtswidrig. Gleichwohl ist es aber den Kantonen nicht verwehrt, in ihren Zivilprozessordnungen die Sicherheits-leistung durch den Beklagten vorzusehen, jedoch nur unter folgenden Vorausset-zungen: Sind die bundesrechtlichen Voraussetzungen zum Erlass von Sicherungs-massnahmen erfüllt, so haben diese zu ergehen, gleichgültig, ob der Beklagte zur Leistung von Sicherheit bereit ist oder nicht. Sind diese Voraussetzungen jedoch nicht erfüllt, so hat der Richter zwingend den Erlass von Sicherungsmassnahmen ab-zulehnen, kann aber trotzdem eine Sicherheitsleistung vom Beklagten verlangen. Es ist nämlich nicht zu vergessen, dass der Entscheid über Sicherungsmassnahmen im-mer auf unsicheren, weil nur glaubhaft gemachten, Grundlagen beruht. Kommt nun der Richter unter Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles zum Schluss, dass sich zwar der Erlass einer Sicherungsmassnahme nicht rechtfertigt, so kann er gleichwohl das Risiko, dass sich sein Entscheid als unrichtig erweisen wird, durch Auferlegen einer Sicherheitsleistung mildern. Eine solche Anordnung ist geeignet, den den Sicherungsmassnahmen inhärenten Interessenkonflikt zusätzlich auszuglei-chen; sie ist deshalb durchaus mit dem Wesen und Zweck der Sicherungsmassnahmen vereinbar²¹. Wäre der Beklagte in einem solchen Falle aber nicht in der Lage, die Sicherheitsleistung zu erbringen, ist es unzulässig, die Sicherungsmassnahme trotz-

18 Vgl. für Zürich 227 Abs. 2.

19 Vgl. zu den Voraussetzungen der leichten Wiedergutmachbarkeit oben S. 73 ff.

20 In diesem Sinne auch BGE 106 II 69; Mitt. 1976, S. 201.

21 Zu weitgehend deshalb Ulrich, S. 29, und Huth, S. 81, die eine Sicherheitsleistung durch den Beklagten generell ablehnen. Huth kann sich allerdings auf das Fehlen einer ausdrück-lichen Bestimmung in der ZPO des Kantons Basel-Stadt berufen.

dem zu erlassen. Fehlen dem Beklagten die Mittel, so hat es bei der Ablehnung der Sicherungsmassnahme zu bleiben²².

IV. Sicherungsmassnahmen ohne Anhörung des Beklagten

Die Umschreibung des Umfangs des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist dem kantonalen Prozessrecht überlassen²³. Daraus und aus der Tatsache, dass Sicherungsmassnahmen ihrem Wesen gemäss dringliche Anordnungen sind, ist zu folgern, dass der Erlass von Sicherungsmassnahmen ohne Anhörung des Beklagten möglich und gestattet sein muss²⁴. Allerdings ist vor Missbräuchen zu warnen²⁵. Abgesehen von den bereits erwähnten Voraussetzungen muss sich zusätzlich aus objektiven Anhaltspunkten eine *besondere Dringlichkeit* ergeben²⁶. Eine solche sollte nur dann angenommen werden, wenn ein Zuwarten (in der Regel jeweils nur wenige Tage) den Schutzzweck der Sicherungsmassnahme *gänzlich* vereiteln würde. Im übrigen sind die superprovisorischen Massnahmen in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung den "normalen" Sicherungsmassnahmen gleichgestellt²⁷. Selbstverständlich ist sodann, dass dem Beklagten gemäss Art. 4 BV wenigstens nachträglich die Gelegenheit zu einer Stellungnahme gegeben werden muss.

V. Die Beschränkung der inhaltlichen Ausgestaltung der Sicherungsmassnahmen durch das kantonale Zivilprozessrecht?

Vereinzelt schreiben die kantonalen Zivilprozessordnungen vor, dass Sicherungsmassnahmen zur Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes zu erlassen sind. Damit wird angedeutet, dass eine Sicherungsmassnahme dann unzulässig ist, wenn sie in ihrer Wirkung auf eine "vorläufige Vollstreckung" des behaupteten materiellen Anspruches hinausläuft. Damit wird aber wiederum der mögliche Inhalt einer Sicherungsmassnahme zum vornherein eingeschränkt²⁸. Eine solche Einschränkung ist nicht nur verfehlt²⁹, sondern widerspricht auch dem dargelegten ungeschriebenen

22 Gemäss der Rechtsprechung zu Art. 79 Abs. 2 PatG muss dann, wenn dem Beklagten eine Sicherheitsleistung auferlegt wird, diese auch tatsächlich bezahlt und nicht bloss angeboten sein; vgl. BGE 103 II 294; 94 I 13/14.

23 BGE 101 I a 170; 98 I a 6.

24 Vgl. für Zürich 110 Abs. 2 und dazu Sträuli/Messmer, N 35 zu 110.

25 Zu Recht hebt Hasenböhler, S. 40, hervor, dass superprovisorische Massnahmen leicht zu einer "legalisierten Selbsthilfe" werden können.

26 Meng, S. 93; Mitt. 1978, S. 49 ff.

27 Vgl. zur inhaltlichen Ausgestaltung der Sicherungsmassnahmen unten § 13.

28 So Ziegler, S. 55.

29 Hablützel, S. 91/92.

Bundesrecht. Sollen die Sicherungsmassnahmen die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung schützen, so muss bei Vorliegen der Voraussetzungen die geeignete Anordnung getroffen werden können. Da, wie bereits erwähnt³⁰, mit der Sicherungsmassnahme nichts über die materielle Rechtslage ausgesagt wird, wäre es unzulässig, den Inhalt des behaupteten materiellen Anspruches als wesensfremdes Kriterium heranzuziehen. Damit soll aber nur gesagt sein, dass das kantonale Prozessrecht den Zweck der Sicherungsmassnahmen durch Inhaltsbeschränkungen nicht vereiteln darf³¹. Es soll namentlich nicht gesagt sein, dass der Inhalt des behaupteten materiellen Anspruches für die inhaltliche Ausgestaltung der Sicherungsmassnahmen irrelevant sei, oder dass sonst keine Schranken zu beachten wären³².

VI. Die beschränkte Geltungsdauer der Sicherungsmassnahmen

Sicherungsmassnahmen sind zeitlich in zweifacher Weise beschränkt. Da sie die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung schützen wollen, können sie zunächst einmal höchstens bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens ihre Wirkung behalten³³. Nach der endgültigen Verwirklichung des materiellen Anspruches verlieren sie ihre Daseinsberechtigung. Da nun die Sicherungsmassnahmen im Hinblick auf die Durchführung des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens erlassen werden, ist es notwendig, dass ein solches auch tatsächlich durchgeführt wird, wenn es nicht schon anhängig gemacht wurde. Daraus folgt, dass der Richter bei Sicherungsmassnahmen vor Anhängigmachung des Hauptprozesses zwingend und von Amtes wegen dem Kläger Frist anzusetzen hat, um den ordentlichen Prozess anzuheben³⁴. Dabei ist nicht so wesentlich, dass der Kläger tatsächlich eine Klage anhängig macht, sondern vielmehr der Umstand, dass nach unbenütztem Ablauf der Frist die Sicherungsmassnahme ohne weiteres dahinfällt³⁵.

Eine Sicherungsmassnahme verliert aber auch dann ihre Daseinsberechtigung, wenn nachträglich eine ihrer Voraussetzungen wegfällt. So kann sich etwa herausstellen, dass die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung für den Kläger nicht mehr ge-

30 Vgl. oben S. 20 f.

31 In der neuen Praxis wird denn auch der Erlass von Sicherungsmassnahmen kaum mehr, gestützt auf solche inhaltlichen Beschränkungen, verweigert. Wie oben S. 10 f. erläutert, ermöglichen ausdehnende Interpretationen der bestehenden Gesetzesbestimmungen auch die sog. vorläufige Vollstreckung.

32 Vgl. dazu unten S. 100 ff.

33 So sinngemäss auch Kummer, Grundriss, S. 270/271; Huth, S. 103.

34 Baur, Verfahren, S. 98; Stamm, S. 55; Huth, S. 74/75; BGE 103 II 72.

35 Insofern ist Voyame, S. 167, zuzustimmen, der festhält, dass einer Sicherungsmassnahme nicht notwendigerweise ein ordentliches Verfahren folgen muss. Konsequenz davon ist aber, und dies wird von Voyame nicht erwähnt, dass die Sicherungsmassnahme dahinfällt. Unrichtig dagegen Meng, S. 131/132, der es ausnahmsweise zulassen möchte, dass keine Frist zur Hauptklage angesetzt wird.

fährdet oder aber bereits endgültig verloren ist. In beiden Fällen besteht kein Grund mehr für eine Sicherungsmassnahme. Sodann ist aber auch denkbar, dass die ursprüngliche Glaubhaftmachung des materiellen Anspruches im Laufe des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens wieder zerstört wird. In diesen Fällen rechtfertigt es sich aus Gründen der Interessenabwägung nicht mehr, dem Beklagten ein bestimmtes Verhalten aufzuzwingen. Aus dem Gesagten folgt also, dass eine Sicherungsmassnahme jederzeit aufhebbar sein muss³⁶.

Ergibt sich somit die beschränkte Geltungsdauer aus dem Wesen und Zweck der Sicherungsmassnahme³⁷, so ist es dem kantonalen Zivilprozessrecht verwehrt, zeitlich unbeschränkt gültige Sicherungsmassnahmen zuzulassen, sei es, dass sie bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens nicht aufhebbar sind, sei es, dass keine Frist zur Anhebung einer ordentlichen Klage angesetzt wird³⁸.

VII. Die Haftung des Klägers für ungerechtfertigte Sicherungsmassnahmen

Dass der Kläger für die Folgen einer zu Unrecht ergangenen Sicherungsmassnahme dem Beklagten haften kann, wurde bereits erwähnt³⁹. Im vorliegenden Zusammenhang ist der Frage nachzugehen, ob es den Kantonen erlaubt sei, neben Art. 41 OR eigene Haftungsnormen in ihren ZPO vorzusehen. Fraglich erscheint zunächst, ob die für eine Haftung erforderliche Widerrechtlichkeit jemals gegeben sein kann. Sodann ist umstritten, ob eine gegenüber Art. 41 OR verschärfte Haftung vor dem Bundesrecht standhält.

1. Die Frage der Widerrechtlichkeit

Gemäss den bisherigen Ausführungen könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass eine Sicherungsmassnahme, selbst wenn sie sich nachträglich als unrichtig erweist, streng genommen nie widerrechtlich sein kann. War im Zeitpunkt des Erlasses die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung gefährdet, und waren auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt, so hatte der Kläger einen bundesrechtlichen Anspruch auf die Sicherungsmassnahme. Die Inkaufnahme des Risikos eines Widerspruchs zum

36 So auch Guldener, Zivilprozessrecht, S. 583; Huth, S. 79; ZR 60, 67; SJZ 76 (1980) S. 48.

37 So ausdrücklich BGE 88 I 16/17.

38 Eine solche unbeschränkte Gültigkeit wird denn auch nirgends vorgesehen. Immerhin bestimmt Zürich 228, dass eine Klagfrist nur dann anzusetzen sei, wenn eine gerichtliche Erledigung des Rechtsstreites erforderlich ist. Eine wörtliche Befolgung dieser Vorschrift wäre bundesrechtswidrig. Der Richter hat sie vielmehr dahin auszulegen, dass beim Erlass von Sicherungsmassnahmen *immer* eine Klagfrist anzusetzen ist.

39 Vgl. oben S. 56 f.

materiellen Recht ist im ungeschriebenen Bundesrecht vorgesehen und gestattet. Daraus wäre zu folgern, dass ein späterer Vergleich der Sicherungsmassnahme mit der materiellen Rechtslage nicht zur Widerrechtlichkeit führen kann, weil der behauptete materielle Anspruch gar nicht Gegenstand der Sicherungsmassnahme war.

Dieser Argumentation hat *Troller* zu Recht widersprochen. "Der Beklagte wird nie für Theorien Verständnis haben, die ihn als Opfer einer prozessual notwendigen Gefährdungssituation behandeln, für die der Kläger ebenfalls nicht verantwortlich gemacht werden könne, da er ja rechtmässig vorgegangen sei"⁴⁰. Ausser diesen Billigkeitsüberlegungen sprechen aber auch noch andere Gründe dafür, dass eine Sicherungsmassnahme widerrechtlich sein kann. Gemäss *Guldener* ist "jeder materiell ungerechtfertigte Eingriff in ein subjektives Recht des Gegners" widerrechtlich⁴¹. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Auszugehen ist von dem grundsätzlichen Verhältnis zwischen Privatrecht und Prozessrecht. Letzteres dient zur Verwirklichung des ersteren und ist diesem insofern subordiniert. Daraus folgt, dass im Falle eines Konfliktes zwischen diesen beiden Rechtsgebieten das Prozessrecht zurückzutreten hat; und um einen solchen Konflikt handelt es sich bei der Frage der Haftung für ungerechtfertigte Sicherungsmassnahmen. Gewährt die Privatrechtsordnung einer Partei ein subjektives Recht, so kann das Prozessrecht nicht seinerseits die Verletzung solcher Rechte für rechtmässig erklären, da dadurch indirekt die Durchsetzung des materiellen Rechtes verunmöglicht würde. Daran ändert auch nichts, dass im Falle der Sicherungsmassnahme die entsprechenden Normen im (ungeschriebenen) Bundesrecht verankert sind. Auch vom Bundesrecht vorgesehene Verfahrensnormen haben vor den materiellen Normen zurückzutreten. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Sicherungsmassnahmen, die sich nachträglich als mit dem materiellen Recht unvereinbar erweisen, immer widerrechtlich sind und zwar unabhängig davon, ob eine kantonale Prozessordnung die Haftung ausdrücklich vorsieht oder nicht. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob der Kläger sachlich gerechtfertigte Gründe für sein Begehren um Erlass einer Sicherungsmassnahme hatte⁴². Dies ist allenfalls bei der Prüfung der Frage des Verschuldens des Klägers, wie es z.B. gemäss Art. 41 OR gefordert ist, in Betracht zu ziehen.

2. Die Frage einer verschärften Haftung des Klägers gemäss kantonalem Zivilprozessrecht

Ein anderes Problem beschlägt die Frage, ob die Kantone eine gegenüber Art. 41 OR verschärfte Haftung für ungerechtfertigte Sicherungsmassnahmen vorsehen können. Dazu ist vorerst festzuhalten, dass die Möglichkeit, dem Kläger beim Erlass

40 *Troller*, Haftung, S. 23; vgl. auch BGE 47 II 472, wonach eine Haftung des Klägers dringend geboten sei, weil die Sicherungsmassnahme die Interessen des Beklagten so sehr gefährdet.

41 So *Guldener*, Zivilprozessrecht, S. 582 Anm. 39, und in gleichem Sinne *Sormani*, S. 194/195.

42 So auch *Ziegler*, S. 93.

einer Sicherungsmassnahme die Leistung von Sicherheit aufzuerlegen⁴³, noch nicht den Schluss auf eine solche Haftung zulässt⁴⁴.

Die Möglichkeit, im kantonalen Zivilprozessrecht eine verschärfte Haftung vorzusehen, wird vom überwiegenden Teil der Lehre und auch von der Rechtsprechung zu Recht bejaht⁴⁵. Eine einer Kausalhaftung angenäherte Verantwortung des Klägers rechtfertigt sich nicht nur, weil der Nachweis eines Verschuldens kaum je möglich ist, sondern auch wegen der Aussergewöhnlichkeit des Instituts der Sicherungsmassnahmen. Sind nämlich die Kantone durch ungeschriebenes Bundesverfahrensrecht gezwungen, gegebenenfalls von den Richtigkeitsgarantien des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens abzuweichen (was sonst nicht zulässig wäre), muss es ihnen auch gestattet sein, das Schadensrisiko einer dem materiellen Recht widersprechenden Sicherungsmassnahme so gut als möglich abzudecken, um wenigstens so der ursprünglichen Aufgabe der Rechtsverwirklichung gerecht zu werden. So betrachtet, ist eine kantonale Haftungsnorm Ausfluss des zwischen den Parteien herrschenden Interessenkonflikts. Ungeschriebenes Bundesrecht bestimmt somit, wann einer Partei die Priorität der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zusteht, während die Kantone ihrerseits darüber bestimmen können, was zu geschehen hat, wenn diese Priorität zu Unrecht und zum Schaden der Gegenpartei erteilt wurde. Daraus folgt, dass die Haftung für Sicherungsmassnahmen gestützt auf kantonales Zivilprozessrecht zwar gestattet, aber nicht vom Bundesrecht gefordert ist⁴⁶.

Ist es den Kantonen somit nicht verwehrt, eigene Haftungsnormen vorzusehen, so müssen diese doch Ausfluss einer Interessenabwägung sein. Daraus ist m.E. der Schluss zu ziehen, dass die Statuierung einer reinen Kausalhaftung nicht angebracht ist, da damit die Wirksamkeit des Instituts der Sicherungsmassnahmen ernstlich in Frage gestellt würde. Die Furcht vor der Haftung könnte manchen Kläger davon abhalten, eine Sicherungsmassnahme zu beantragen, da zu Beginn eines Rechtsstreites die Siegeschancen oftmals nur sehr schwer abschätzbar sind, insbesondere wenn der Hauptprozess noch nicht hängig ist. Es scheint, dass § 230 der zürcherischen ZPO eine angemessene Zwischenlösung gefunden hat, indem dem Kläger die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegt wird, und zudem der Richter die Ersatzpflicht lediglich ermässigen kann, statt gänzlich von ihr zu entbinden⁴⁷.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass eine im kantonalen Zivilprozessrecht vorgesehene Kausalhaftung für zu Unrecht ergangene Sicherungsmassnahmen grundsätzlich dem Bundesrecht nicht widerspricht⁴⁸.

43 Vgl. zum Problem der Sicherheitsleistung oben S. 84 ff.

44 So BGE 93 II 183 ff.; Hasenböhler, S. 62; Troller, Haftung, S. 23, betrachtet die Sicherheitsleistung immerhin als Anerkennung dafür, dass der Kläger haftbar werden kann.

45 Vgl. Sträuli/Messmer, N 5 zu 230; Stamm, S. 49/50; Kummer, Grundriss, S. 271/280; Haubensak, S. 74; Ziegler, S. 94/95; Baur, Studien, S. 110; BGE 47 II 472; ZR 64, 159; für den Bereich des Bundeszivilprozesses BGE 91 II 144.

46 Eine Ausnahme besteht natürlich dann, wenn das Bundesrecht selbst ausdrücklich Haftungsnormen vorsieht.

47 Für eine modifizierte Kausalhaftung auch Troller, Haftung S. 24.

48 So auch Huth, S. 123; gegenteiliger Ansicht Voyame, S. 169.

VIII. Sicherungsmassnahmen des geschriebenen Bundesrechts

Es folgt aus dem allgemeinen Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes, dass dort, wo eine ausdrückliche Bestimmung des Bundesrechts die Sicherungsmassnahme regelt, die kantonalen Bestimmungen, soweit sie nach dem bisher Gesagten überhaupt Gültigkeit haben, zurückzutreten haben⁴⁹. Inwiefern geschriebenes Bundesrecht im Bereich der Sicherungsmassnahmen vom ungeschriebenen Bundesrecht abweicht, ist später zu erläutern⁵⁰. Allgemein kann jedoch gesagt werden, dass die geschriebenen Normen als *leges speciales* den ungeschriebenen vorgehen.

Hauptbeispiel einer im geschriebenen Bundesrecht vorgesehenen Sicherungsmassnahme ist der Arrest. Dadurch ist es den Kantonen verwehrt, die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zu schützen, wenn dem Begehren ein materieller Anspruch auf eine Geldleistung zugrunde liegt⁵¹. Daneben gibt es aber zahlreiche weitere Beispiele eingehender bundesrechtlicher Regelungen wie etwa Art. 145 ZGB⁵², die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes gemäss Art. 837 Ziff. 3 in Verbindung mit Art. 961 ZGB⁵³ sowie Sicherungsmassnahmen gestützt auf das Patentgesetz⁵⁴.

49 Ming, S. 16/17; Hasenböhler, S. 10, Huth, S. 8/9.

50 Vgl. unten S. 133 ff.

51 Vgl. Vogel, S. 93/94; Guldener, Zivilprozessrecht, S. 574 Anm. 3a; Sträuli/Messmer, N 5 zu 110; sowie als Beispiel eines verkappten Arrests BGE 86 II 291.

52 Vgl. dazu BGE 103 II 5.

53 BGE 102 I a 86.

54 Mitt. 1969, S. 164.

Zweiter Abschnitt:

Regelungsmassnahmen

*§ 12 Das Bundesprivatrecht als einzige Grundlage
für den Erlass von Regelungsmassnahmen*I. Die Regelungsmassnahmen als Institut
des Bundesprivatrechtes

Wie bereits eingehend erläutert wurde¹, sind die Regelungsmassnahmen materiell-rechtlicher Natur. Sie regeln ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis, indem sie die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten unmittelbar durchsetzen oder gegebenenfalls neue Rechte und Pflichten schaffen, um dadurch das Funktionieren des Rechtsverhältnisses zu gewährleisten. Charakteristisch ist dabei, dass die Regelungsmassnahmen nicht im Hinblick auf die erneute Beurteilung ihres Gegenstandes in einem weiteren Gerichtsverfahren ergehen, sondern unter den gegebenen Umständen endgültig sind. Werden somit durch Regelungsmassnahmen subjektive Privatrechte zu- oder aberkannt, so ist ohne weiteres klar, dass es hiezu einer Grundlage im Bundesprivatrecht bedarf².

Während die herrschende Lehre nur dann von Regelungsmassnahmen spricht, wenn sie während eines Prozesses um das zugrunde liegende Rechtsverhältnis ergehen, folgt eine solche Einschränkung m.E. nicht aus dem Wesen und Zweck der Regelungsmassnahmen. Trotzdem können rein formal zwei Gruppen von Regelungsmassnahmen unterschieden werden: Die einen werden jeweils immer im Zusammenhang mit (aber nicht im Hinblick auf) einer das Rechtsverhältnis der Parteien betreffenden Gestaltungsklage erlassen, wobei die Hängigkeit der Gestaltungsklage Voraussetzung für die Regelungsmassnahme ist. Als Hauptbeispiele sind Regelungsmassnahmen während einer pendenten Scheidungsklage gemäss Art. 145 ZGB sowie solche bei einer Klage auf Auflösung einer Gesellschaft zu erwähnen³. Eine zweite Gruppe von Regelungsmassnahmen ist völlig selbständig. Sie regeln unter den im Bundesprivatrecht erwähnten Voraussetzungen ein Rechtsverhältnis, ohne dass dieses gegenwärtig oder inskünftig Gegenstand eines weiteren Prozesses zu sein braucht. Zu dieser zweiten Gruppe gehören z.B. die Massnahmen zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft gemäss Art. 169–172 ZGB⁴. Der Unterscheidung dieser beiden Gruppen

¹ Vgl. oben S. 39 f.

² Vgl. BGE 103 II 5; 104 II 179.

³ Vgl. für die Kollektivgesellschaft Art. 574 OR, für die Kommanditgesellschaft Art. 619 OR, für die Aktiengesellschaft Art. 625 Abs. 3 und 643 Abs. 3 OR, für die Kommandit-Aktiengesellschaft Art. 770 Abs. 2 OR, für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung Art. 775 Abs. 2 OR, für die Genossenschaft Art. 831 Abs. 2 OR.

⁴ Vgl. für weitere Beispiele unten S. 140.

kommt insofern praktische Bedeutung zu, als der Bundesgesetzgeber die Sicherungs- und Regelungsmassnahmen begrifflich nicht trennt und oftmals sogar nicht einmal von vorsorglichen Massnahmen spricht. Letzteres trifft regelmässig bei der zweitgenannten Gruppe von Regelungsmassnahmen zu. Im Zusammenhang mit Gestaltungs- klagen spricht das Gesetz jeweils nur von vorsorglichen Massnahmen oder Mass- regeln, worunter sowohl Regelungs- als auch Sicherungsmassnahmen fallen können. Ob jeweils das eine oder das andere oder allenfalls beides gemeint ist, ist durch Aus- legung der konkreten Gesetzesvorschrift zu bestimmen⁵.

II. Die Frage der Notwendigkeit der Regelung eines Rechtsverhältnisses

Sind nach dem bisher Gesagten die Regelungsmassnahmen ein Institut des mate- riellen Bundesrechtes, so hat auch dieses zu bestimmen, unter welchen Vorausset- zungen sie zu erlassen sind. Eine Behandlung sämtlicher im Bundesprivatrecht vor- gesehenen Regelungsmassnahmen würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit bei weitem sprengen. Immerhin liegt aber sämtlichen Regelungsmassnahmen ein leiten- der Gedanke zugrunde, wie auch immer die Voraussetzungen im einzelnen formu- liert sein mögen.

Der Bundesgesetzgeber hat die Regelung von Rechtsverhältnissen durch den Richter immer dann als notwendig erachtet, wenn deren tragende Grundlagen durch das Verhalten einer oder beider Parteien gefährdet erscheinen. Wie sehr und wodurch sich diese Gefahr im Einzelfall konkretisieren muss, um den Erlass einer Regelungs- massnahme zu rechtfertigen, wird vom Gesetz allerdings verschieden beantwortet. So ist z.B. gemäss Art. 145 ZGB die Tatsache, dass eine Scheidungs- oder Trennungs- klage anhängig ist, Grund genug, um eine Regelungsmassnahme zu erlassen, wenn dies der Richter als nötig betrachtet⁶. Die Tatsache, dass sich ein oder beide Ehe- partner dazu entschliessen, ihre Ehe aufzulösen, ist ein unmissverständliches Anzei- chen dafür, dass die immer noch bestehenden ehelichen Rechte und Pflichten nicht mehr erfüllt werden. Demgegenüber braucht es für die Anordnung von Eheschutz- massnahmen einen konkreten Nachweis dafür, dass ein Ehegatte seine Pflichten ge- genüber der Gemeinschaft vernachlässigt⁷. Sodann zählt das Gesetz in Art. 183 ZGB, um ein letztes Beispiel zu nennen, abschliessend auf, unter welchen Umständen die güterrechtlichen Interessen der Ehefrau derart gefährdet erscheinen, dass die Güter- trennung anzuordnen ist⁸.

5 Vgl. dazu unten S. 130 f.

6 Vgl. zur inhaltlichen Ausgestaltung der Regelungsmassnahmen unten § 15.

7 Vgl. Art. 169–171 ZGB.

8 Im Gegensatz zu Art. 145 ZGB wird in Art. 183 ZGB der Inhalt der Massnahme, näm- lich die Gütertrennung, zum vornherein festgelegt.

III. Die Rolle des kantonalen Zivilprozessrechtes

Gemäss der in Art. 64 BV vorgesehenen Kompetenzausscheidung⁹ ist es den Kantonen untersagt, in ihren Zivilprozessordnungen Regelungsmassnahmen vorzusehen¹⁰. Sie haben lediglich das Verfahren zu ihrem Erlass zu ordnen. Daraus folgt aber auch, dass die in den kantonalen Zivilprozessordnungen vorgesehenen Bestimmungen über die Auferlegung von Sicherheitsleistungen und die Normen über die Haftung für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen bei Regelungsmassnahmen nicht zur Anwendung gelangen können. Mit dem Erlass von Regelungsmassnahmen spricht der Richter materielle Rechte zu oder ab; tut er dies zu Unrecht, so haftet der Nutzniesser des unrichtigen Entscheides genausowenig, wie für ein unrichtiges Urteil in einem ordentlichen Rechtsschutzverfahren gehaftet wird¹¹.

Ein bisher noch nie beachteter Anwendungsbereich für die im kantonalen Zivilprozessrecht vorgesehenen Sicherungsmassnahmen kann sich aber im Zusammenhang mit Regelungsmassnahmen doch ergeben. Ist es nämlich möglich, durch Regelungsmassnahmen einen materiellen Anspruch unmittelbar durchzusetzen, so muss es auch zulässig sein, dem Kläger schon vor Erlass der Regelungsmassnahme die Möglichkeit der durch die Regelungsmassnahme angestrebten Rechtsverwirklichung durch eine Sicherungsmassnahme zu erhalten. Ein Beispiel für ein solches Vorgehen gibt es in der Gerichtspraxis soweit ersichtlich nicht, was wohl damit zu erklären ist, dass der Erlass von Regelungsmassnahmen an sich schon rasch genug erfolgt. Ein zusätzliches Sicherungsbedürfnis besteht somit in aller Regel nicht. Gleichwohl sind Situationen denkbar, in denen der Erlass einer Sicherungsmassnahme angezeigt sein kann. Soll, um ein theoretisches Beispiel zu nennen, im Rahmen einer Kindesschutzmassnahme einem Elternpaar die elterliche Gewalt und damit die Verwaltung über das Kindesvermögen entzogen werden (Regelungsmassnahme), kann es notwendig sein, Vermögensteile des Kindes bei den Eltern zu beschlagnahmen (Sicherungsmassnahme), wenn sonst die Gefahr besteht, dass bis zum rechtskräftigen Entscheid über den Entzug der elterlichen Gewalt Kindesvermögen beiseitegeschafft wird. Damit ist gewährleistet, dass eine spätere (eventuelle) Regelungsmassnahme, die den Entzug der elterlichen Gewalt und die damit verbundenen Anordnungen verfügt, ungeschmälert durchgesetzt werden kann. Die Voraussetzungen für den Erlass einer solchen Sicherungsmassnahme bestimmen sich nach den bereits erläuterten allgemeinen Regeln¹² und sie kann somit auch schon vor Einleitung des eigentlichen Kindesschutzverfahrens ergehen. Der Erlass der Regelungsmassnahme richtet sich dagegen nach den Vorschriften des ZGB.

⁹ Vgl. dazu oben S. 33 f.

¹⁰ Unrichtig deshalb die gegenteilige Ansicht von Huth, S. 19.

¹¹ Inwiefern der Richter in seiner Eigenschaft als Beamter zur Rechenschaft gezogen werden kann, ist eine andere, nicht weiter zu verfolgende Frage.

¹² Vgl. oben §§ 10 und 11.

VIERTES KAPITEL

Der Inhalt der vorsorglichen Massnahmen

Erster Abschnitt:

Sicherungsmassnahmen

§ 13 Kriterien und Schranken für die Inhaltsbestimmung

I. Ausgangslage

Um der begrifflichen Klarheit willen ist das, was nachfolgend als Inhalt der Sicherungsmassnahme bezeichnet wird, vom Inhalt eines richterlichen Erlasses¹, der eine Sicherungsmassnahme zum Gegenstand hat, zu unterscheiden. Der richterliche Erlass umfasst nebst der eigentlichen Sicherungsmassnahme allenfalls auch noch die Anordnung einer Sicherheitsleistung, die Ansetzung einer Frist zur Anhebung der Hauptklage usw.

Drehten sich die Ausführungen im letzten Kapitel um die Frage, *ob* dem Kläger die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung durch eine Sicherungsmassnahme zu sichern sei, ist nachfolgend zu untersuchen, *wie* dies zu geschehen hat. Diese scharfe Trennung von Voraussetzungen und Inhalt der Sicherungsmassnahmen wurde bisher zuwenig deutlich gesehen. Entsprechend fehlen denn auch eingehende Untersuchungen über den Inhalt der Sicherungsmassnahmen. Die bisherige Lehre überlässt vielmehr die Anordnung einer inhaltlich geeigneten Sicherungsmassnahme grundsätzlich dem richterlichen Ermessen², wobei als allgemeine Richtschnur die Abwendung der drohenden Gefahr gilt³. Sodann erwähnen zwar die meisten ZPO verschiedene Arten möglicher Sicherungsmassnahmen, doch handelt es sich bei diesen Aufzählungen regelmässig nur um Beispiele⁴. Die Gesetze bieten dem Richter somit wenig Anhaltspunkte dafür, wie er im konkreten Einzelfall zu entscheiden hat.

Während es zwar einerseits an eigentlichen allgemeinen Kriterien für die Inhaltsbestimmung fehlt, haben andererseits Lehre und Rechtsprechung zwei grundsätzliche Schranken für die Anordnung von Sicherungsmassnahmen entwickelt. Danach

1 Dieser kann in Form einer einzelrichterlichen Verfügung oder eines Gerichtsbeschlusses ergehen.

2 Vgl. z.B. Vogel, S. 98.

3 Huth, S. 33; Hasenböhler, S. 20 und 24; Ziegler, S. 104; Jauernig, S. 329; Leipold, Grundlagen, S. 161.

4 Vgl. für Zürich 223 Ziff. 1–3 sowie Vogel, S. 98.

haben sich Sicherungsmassnahmen darauf zu beschränken, den im Zeitpunkt ihres Erlasses bestehenden Zustand aufrechtzuerhalten. Sodann dürfen Sicherungsmassnahmen inhaltlich nicht über das hinausgehen, was der Kläger gemäss der von ihm behaupteten materiellen Rechtslage zu verlangen hat. Diese beiden Schranken sind nachfolgend kritisch zu untersuchen.

1. Die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes

Nach herrschender Ansicht dürfen Sicherungsmassnahmen grundsätzlich den bestehenden tatsächlichen oder rechtlichen Zustand nicht ändern⁵. Die bestehende Streitlage soll also gewissermassen bis zum Abschluss des Rechtsstreites eingefroren werden.

Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Umschreibung als zuwenig präzise. Sie ist zunächst dahingehend zu ergänzen, dass jeweils immer ein für den Kläger günstiger Zustand aufrechterhalten wird. Für den Beklagten bedeutet dagegen die Anordnung immer eine Änderung seiner Lage. Wird also z.B. eine bewegliche Sache beim Beklagten beschlagnahmt, so ist ihm der Gebrauch der Sache oder eine Verfügung darüber im Gegensatz zu vorher nicht mehr möglich. Daraus folgt, dass es bei der Inhaltsbestimmung nicht so sehr auf den Einfluss der Sicherungsmassnahme auf die bestehende und objektiv betrachtete Lage ankommt, sondern auf die Wirkung, die die Sicherungsmassnahme zugunsten des Klägers entfaltet. Damit bestätigt sich die schon früher gewonnene Erkenntnis, dass Sicherungsmassnahmen in erster Linie die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung für den Kläger und nicht einen Zustand anvisieren⁶.

Mit der Forderung nach Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes soll sodann nach herrschender Ansicht zum Ausdruck gebracht werden, dass Sicherungsmassnahmen in ihrer Wirkung nicht auf eine vorläufige Vollstreckung des behaupteten materiellen Anspruches hinauslaufen dürfen, weil dadurch eine Situation geschaffen werden kann, die für den Beklagten nicht mehr rückgängig zu machen ist⁷. Die konsequente Durchführung dieses Gedankens ist aber schon deshalb abzulehnen, weil er die Probleme der Inhaltsbestimmung und der Voraussetzungen vermischt. Sind die Voraussetzungen zum Erlass einer Sicherungsmassnahme erfüllt, so ist damit auch gesagt, dass der Beklagte das Risiko einer zu Unrecht ergehenden Sicherungsmassnahme und damit verbundene Nachteile zunächst zu tragen hat. Eine Anordnung bestimmten Inhaltes kann folglich nicht mit dem Hinweis auf eben dieses Risiko abgelehnt werden, ansonsten der Zweck der Sicherungsmassnahme vereitelt wird. Richtig betrachtet, ergibt sich also die erwähnte Schranke nicht aus dem Um-

⁵ Vgl. dazu auch oben S. 10 f.

⁶ Vgl. oben S. 21 ff.

⁷ Vgl. ZR 71, 105; Sormani, S. 27; Hablützel, S. 90; Ziegler, S. 101. Meng, S. 33, hebt hervor, dass eine Sicherungsmassnahme die materielle Rechtslage nicht ändern dürfe.

stand, dass die Sicherungsmassnahme inhaltlich mit dem behaupteten materiellen Anspruch übereinstimmt, sondern aus den nachteiligen Wirkungen zulasten des Beklagten. Daraus erklärt sich auch, dass die sog. vorläufige Vollstreckung dann gestattet wird, wenn der Kläger einen materiellen Unterlassungsanspruch zu haben behauptet. In diesen Fällen wird argumentiert, dass weniger die Vollstreckungswirkung im Vordergrund stehe, als vielmehr die Aufrechterhaltung eines "präsumtiv rechtmässigen Zustandes"⁸. Damit wird aber das zuvor gebrauchte Kriterium der Wirkung der Sicherungsmassnahme fallengelassen, obwohl nicht allgemein gesagt werden kann, dass ein Handlungsverbot für den Beklagten zum vornherein weniger Nachteile nach sich zieht. Eine Erklärung hiefür kann nur darin gesehen werden, dass eben bei behaupteten materiellen Unterlassungsansprüchen die "vorläufige Vollstreckung" die einzige geeignete Anordnung darstellt. Es zeigt sich somit erneut, dass nicht die Aufrechterhaltung eines bestehenden Zustandes das Kriterium der Inhaltsbestimmung, sondern das Ziel der Sicherungsmassnahme, die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zu sichern, massgebend ist.

Aus dem bisher Gesagten lässt sich folgender vorläufiger Schluss ziehen: Alle bisher betrachteten Sicherungsmassnahmen haben ein gemeinsames Inhaltsmerkmal. Sie schreiben dem Beklagten ein bestimmtes Verhalten vor, indem sie ihm z.B. gebieten, die Rechtslage nicht zu verändern oder bestimmte Handlungen nicht vorzunehmen. Dagegen unterscheiden sich die Sicherungsmassnahmen nach der Art, wie das vorgeschriebene Verhalten durchgesetzt wird, indem z.B. im einen Fall die Beschlagnahme einer beweglichen Sache angeordnet, im anderen Fall bloss eine Ungehorsamsstrafe angedroht wird. Welche dieser Anordnungen im Einzelfall zulässig ist, lässt sich aber nicht an ihren Auswirkungen auf die bestehende tatsächliche oder rechtliche Lage ablesen.

Gemäss einhelliger Meinung werden sodann Sicherungsmassnahmen abgelehnt, die in ihrer Wirkung auf eine vorläufige Vollstreckung eines positiven Leistungsanspruches hinauslaufen. Dieser Grundsatz kann aber nicht damit begründet werden, dass dem Beklagten durch eine vorläufige Vollstreckung ein nicht wieder rückgängig zu machender Schaden entstehen könnte. Dies würde wiederum eine unzulässige Vermischung von Inhalt und Voraussetzung der Sicherungsmassnahme bedeuten⁹. Sodann ist in Erinnerung zu rufen, dass Art. 283 ZGB die vorläufige Vollstreckung eines positiven Leistungsanspruches ausdrücklich vorsieht. Obwohl es sich dabei um eine ausdrückliche Norm des Bundesrechts handelt, wird damit doch angedeutet, dass die vorläufige Vollstreckung positiver Leistungsansprüche nicht grundsätzlich

8 Vgl. dazu oben S. 15.

9 Vgl. ZR 62, 97 a.E., wo eine "vorläufige Vollstreckung" deshalb als unzulässig erklärt wird, weil dem Kläger hiefür kein Rechtstitel zustehe. Diese Begründung ist schon deshalb unzutreffend, weil sich die Sicherungsmassnahmen nicht über die materielle Rechtslage aussprechen (vgl. oben S. 20 f.). Träfe es aber zu, dass die vorläufige Vollstreckung tatsächlich die Erfüllung des behaupteten materiellen Anspruchs bedeutet, so müsste dieser in Anwendung von Art. 114 OR untergehen. Eine derart präjudizierende Wirkung der Sicherungsmassnahmen wird aber zu Recht von niemandem behauptet.

ausgeschlossen ist¹⁰. Die Notwendigkeit hierfür kann sich nämlich daraus ergeben, dass bereits die blossе Verzögerung der Leistung durch den Beklagten einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil bedeutet¹¹. Gelegentlich wird auch die Ansicht vertreten, dass eine vorläufige Vollstreckung eines positiven Leistungsanspruches deshalb unzulässig sei, weil eine weniger weitgehende Anordnung, wie z.B. die Beschlagnahme, denselben Zweck erfülle. Damit wird erneut nicht mehr die Wirkung der Sicherungsmassnahme, verglichen mit dem Inhalt des behaupteten Anspruches, als Kriterium verwendet, sondern vielmehr der Grundsatz, dass eine vorläufige Vollstreckung unverhältnismässig wäre¹².

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Gegenüberstellung der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes einerseits und der vorläufigen Vollstreckung eines Anspruches andererseits nicht zu brauchbaren Ergebnissen führt. Dies rührt vor allem daher, dass zur Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer sog. vorläufigen Vollstreckung verschiedene Kriterien verwendet werden; einmal ist der Zweck der Sicherungsmassnahme massgebend, ein anderes Mal ihre Wirkung. Die augenfälligste Folge davon ist, dass selbst nach herrschender Lehre die sog. vorläufige Vollstreckung nicht durchwegs unzulässig ist. Damit lässt sich aber die erwähnte Gegenüberstellung nicht mehr konsequent durchführen.

2. Der behauptete materielle Anspruch als Schranke für die Inhaltsbestimmung

Gemäss übereinstimmender Meinung kann eine Sicherungsmassnahme inhaltlich nicht über das hinausgehen, was der Kläger gemäss der von ihm behaupteten materiellen Rechtslage verlangen kann¹³. Dieser Grundsatz wird durch die Lehre auf verschiedene Art zum Ausdruck gebracht. Am häufigsten wird gesagt, dass für die Anordnung einer Sicherungsmassnahme der Inhalt des behaupteten materiellen Anspruches die oberste Grenze bildet¹⁴ oder, was gleichbedeutend sein dürfte, dass Sicherungsmassnahmen nicht über das im ordentlichen Prozess Erreichbare hinausgehen dürfen¹⁵. Weniger präzise hingegen sind die Wendungen, wonach sich die Sicherungsmassnahmen im Rahmen des behaupteten materiellen Anspruches zu bewegen

10 Gleicher Ansicht auch Vogel, S. 94. Vgl. als Beispiel einer "vorläufigen Vollstreckung" eines Beseitigungsanspruches gestützt auf ZGB 28 SJZ 75 (1979) S. 75 ff.

11 Vgl. im übrigen dazu oben S. 73 ff.

12 Vgl. Gschwend, S. 69, der eine Sicherungsmassnahme inhaltlich nur dann als zulässig betrachtet, wenn sie nicht nur geeignet, sondern auch nötig ist. Der von Gschwend für diesen Grundsatz verwendete Begriff "Konnexität" ist jedoch abzulehnen. Vgl. im übrigen zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz unten S. 112 ff.

13 So ausdrücklich Hablützel, S. 90; Müller, Grenzen, S. 83.

14 Vgl. Huth, S. 34; Hasenböhler, S. 20; Vogel, S. 94.

15 Vgl. Sormani, S. 64; Guldener, Zivilprozessrecht, S. 581 Anm. 32; Meng, S. 31.

haben¹⁶, bzw. dem Kläger nicht mehr Macht als das spätere Endurteil verleihen dürfen^{17,18}.

Diese Grundsätze leuchten an sich ein, doch ist nicht so recht klar, wie sie im konkreten Einzelfall anzuwenden sind. Das durch eine Sicherungsmassnahme geforderte Verhalten des Beklagten ist oftmals sehr verschieden vom Gegenstand des behaupteten materiellen Anspruchs. Beansprucht z.B. der Kläger eine Sache zu Eigentum, und verlangt er, dass dem Beklagten mit einer Sicherungsmassnahme befohlen werde, diese Sache bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens zu unterhalten, so fragt sich, wie geprüft werden soll, ob die Sicherungsmassnahme inhaltlich durch den materiellen Anspruch gedeckt ist. Sodann stellt sich eine weitere grundsätzliche Frage: Sind Sicherungsmassnahmen ihrem Wesen nach formell-rechtlicher Natur, und bewegen sie sich innerhalb des ihnen gesetzten Zieles, so ist nicht ohne weiteres verständlich, weshalb das materielle Recht die Inhaltsbestimmung überhaupt beeinflussen soll.

All diese Fragen bleiben offen, wenn man der in der bisherigen Lehre vertretenen Methode der Inhaltsbestimmung folgt.

3. Schlussfolgerungen und weiterer Gang der Untersuchung

Die geschilderten Ansichten der bisherigen Lehre lassen keine klare und eindeutige Inhaltsbestimmung für Sicherungsmassnahmen zu. Zwar werden alle Elemente, die für die Lösung des Problems relevant sind (Zweck, Wirkung und Verhältnismässigkeit der Sicherungsmassnahme sowie der materielle Anspruch) berücksichtigt; sie werden auch der nachfolgenden Untersuchung zugrunde zu legen sein. Was jedoch zu tun bleibt, ist das dogmatisch richtige Inbeziehungsetzen dieser Elemente, damit auch umstrittene Fragen der Inhaltsbestimmung, wie etwa die Zulässigkeit der Grundbuchsperrung und der Gegendarstellung, gelöst werden können.

16 Vgl. Sormani, S. 64; Graner, S. 60; Meng, S. 111.

17 So Ziegler, S. 106.

18 Vogel, S. 98, bezeichnet die Tatsache, dass eine Sicherungsmassnahme inhaltlich durch den Hauptanspruch gedeckt sein müsse, als Konnexität. Der Begriff "Konnexität" ist jedoch besser zu vermeiden, da über seine Bedeutung offenbar keine einheitliche Meinung vorherrscht. Neben derjenigen, die ihm Vogel und Gschwend (oben Anm. 12) beimessen, wird er noch in einer dritten Bedeutung verwendet. Darnach bezeichnet Konnexität den Zusammenhang zwischen dem Erlass einer Sicherungsmassnahme einerseits und dem noch durchzuführenden ordentlichen Prozess. Dieser Zusammenhang wird dadurch hergestellt, dass zunächst nur ein klagbarer Anspruch einer Sicherungsmassnahme zugrunde liegen kann und sodann dieser Anspruch in einem bereits hängigen oder aufgrund einer Fristansetzung bevorstehenden Prozess beurteilt werden muss. In diesem Sinne Ziegler, S. 13; Stamm, S. 18/19; Baur, Verfahren, S. 98/99; Meier, Schaffhausen, S. 131; Sieben, S. 52.

Auch der so verwendete Begriff der Konnexität ist m.E. entbehrlich, weil er Erfordernisse bezeichnet, die bereits in anderem Zusammenhang erläutert wurden. Dass der Kläger einen durchsetzbaren Anspruch behaupten muss, ist eine unabdingbare Voraussetzung für den Erlass von Sicherungsmassnahmen (vgl. oben S. 70 f.). Ebenso ergibt sich die beschränkte Geltungsdauer der Sicherungsmassnahmen ohne weiteres aus ihrem Zweck und Wesen (vgl. oben S. 87 f.).

Auszugehen ist von den gewonnenen Erkenntnissen über Zweck und Wesen der Sicherungsmassnahmen. Daraus wird folgen, dass Sicherungsmassnahmen regelmässig inhaltlich aus zwei Teilen bestehen¹⁹: Aus Geboten und aus Durchsetzungsanordnungen. Anhand dieser inhaltlichen Struktur ist sodann zu untersuchen, worin die spezifischen Schranken für die Anordnung einer Sicherungsmassnahme zu suchen sind (II.). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wurde bereits erwähnt. Da er aber in erster Linie für den Bereich des Verwaltungsrechtes entwickelt wurde, ist seine Anwendbarkeit auf das zivilprozessuale Institut der Sicherungsmassnahmen zu prüfen (III.). Zum Schluss ist der Frage nachzugehen, ob der Kläger jeweils eine inhaltlich konkretisierte Sicherungsmassnahme zu beantragen hat, und inwiefern der Richter an einen solchen Parteiantrag gebunden ist (IV.).

II. Die inhaltliche Zweiteilung der Sicherungsmassnahmen in Gebote und Durchsetzungsanordnungen

Der Inhalt der Sicherungsmassnahmen wird durch ihren Zweck bestimmt²⁰. Dies ist zwar eine Selbstverständlichkeit, die aber deshalb besondere Erwähnung verdient, weil Sicherungsmassnahmen nicht unmittelbar den Schutz materieller Ansprüche bezwecken²¹. Sie sichern vielmehr lediglich die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung²². Daraus folgt zunächst einmal, dass dem Beklagten ein Verhalten (ein Tun oder Unterlassen) zu gebieten ist, das die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zugunsten des Klägers nicht gefährdet. Sicherungsmassnahmen sind sodann auch dringliche Anordnungen, d.h. mit gefährdenden Handlungen des Beklagten ist unmittelbar zu rechnen. Es wäre deshalb wenig sinnvoll, wenn zunächst abgewartet würde, ob der Beklagte dem ausgesprochenen Gebot freiwillig nachlebt, und erst später über allfällige Zwangsmassnahmen zu entscheiden. Sicherungsmassnahmen müssen vielmehr mit den nötigen Druckmitteln ausgestattet sein, um einen wirksamen Schutz zu gewährleisten. Sie enthalten deshalb regelmässig Anordnungen zur Durchsetzung des von ihnen angeordneten Verhaltens des Beklagten (sog. Durchsetzungsanordnungen), ohne dass es hierfür eines besonderen Antrages bedürfte²³. Welcher Art solche Durchsetzungsanordnungen sein können, ist später zu erörtern. Zur Veranschaulichung des Gesagten mag es vorliegend genügen, die Androhung einer Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB als Beispiel zu erwähnen.

Gebote und Durchsetzungsanordnungen bilden somit *zusammen* den eigentlichen Inhalt der Sicherungsmassnahme²⁴.

19 So auch Reinert, S. 72/73.

20 Vgl. etwa Sormani, S. 60; Hablützel, S. 90; zu weit geht allerdings Ziegler, S. 2, der den Inhalt der Sicherungsmassnahmen aus dem Wesen des Zivilprozesses ableiten will.

21 Unzutreffend deshalb Ziegler, S. 101/102.

22 Vgl. die eingehenden Erläuterungen zum Zweck der Sicherungsmassnahmen oben §§ 2 und 3.

23 So auch Huth, S. 112.

24 Der Begriff "Gebot" ist vom eigentlichen Befehl im technischen Sinne, so wie er in de Pro-

1. Gegenstand und Schranken der Gebote

a) Gegenstand

Ist nach dem Gesagten dem Beklagten ein bestimmtes Verhalten zu gebieten, so fragt sich, aus welchen Kriterien sich dieses ergibt. Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass Sicherungsmassnahmen nichts Verbindliches über die materielle Rechtslage zwischen den Parteien aussagen. Es kann deshalb auch nicht gesagt werden, ob die befürchteten Handlungen des Beklagten materielle Rechte des Klägers verletzen würden. Daraus folgt, dass das materielle Recht keine Grundlage für den Erlass der Gebote hergibt. Der Satz, der Richter könne sozusagen an den Bestimmungen des materiellen Rechtes ablesen, welche Entscheidung er zu treffen hat, gilt für den Bereich der Sicherungsmassnahmen nicht²⁵. Eine Sicherungsmassnahme ist vielmehr im Vergleich zum Inhalt des materiellen Anspruches ein "aliud"²⁶. Der Gegenstand der Gebote ergibt sich aber ohne weiteres aus der drohenden Gefahr, die es abzuwenden gilt.

Bei der Prüfung der Voraussetzungen zum Erlass von Sicherungsmassnahmen muss jeweils abgeklärt werden, wodurch die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zugunsten des Klägers gefährdet ist, d.h. worin sich im konkreten Einzelfall die Gefahr manifestiert. Dies wiederum hängt von der Art der angestrebten künftigen Rechtsverwirklichung ab, die, je nach dem Gegenstand des behaupteten materiellen Anspruches, verschieden ist. Daraus ergeben sich dann die Handlungsmöglichkeiten des Beklagten, die es zum Schutze der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zu verhindern gilt²⁷. Ist somit deutlich, dass der Gegenstand der Gebote letztlich von der Art der angestrebten Rechtsverwirklichung abhängig ist, folgt daraus auch, dass angesichts der Fülle der denkbaren materiellen Ansprüche eine konkretere Beschreibung der möglichen Arten von Geboten unmöglich ist²⁸. Damit erscheint aber ein Versuch, die Vielzahl der möglichen Gebote nach gemeinsamen Merkmalen in Gruppen einzuteilen, nicht nur aussichtslos, sondern auch unnötig. Ergibt sich z.B., dass die künftige Rechtsverwirklichung dadurch gefährdet ist, dass der Beklagte eine Leistung

zessordnungen umschrieben ist, zu unterscheiden. Als Befehl wird eine mit einer Androhung verbundene Anweisung an den Beklagten bezeichnet (vgl. für Zürich 223 Ziff. 1 sowie Haubensak, S. 70). Demgegenüber stellt ein Gebot im nachfolgend verwendeten Sinne lediglich fest, was der Beklagte zu tun oder zu unterlassen hat, ohne sich über die Art der Durchsetzung auszusprechen.

25 Baur, Studien, S. 19; in gleichem Sinne auch Hasenböhler, S. 21.

26 So Baur, Studien, S. 49.

27 Gleich im Grundsatz auch Huth, S. 32, der allerdings noch als zusätzliches Kriterium das Interesse des Klägers erwähnt. Dieser letzte Punkt ist abzulehnen. Das Interesse des Klägers ist bei der Prüfung der Voraussetzungen zum Erlass der Sicherungsmassnahme zu prüfen. Wird es bejaht, bleibt einzig zu entscheiden, welche Anordnung zum Schutze der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung geeignet ist. Die dabei zu beachtenden Schranken ergeben sich hingegen nicht aus einer erneuten konkreten Interessenabwägung.

28 Insofern ist deshalb Uebe, S. 81, zuzustimmen, wonach sich der Inhalt der Sicherungsmassnahmen zum voraus nicht abstrakt umschreiben lässt. Auch Ming, S. 40, schliesst eine theoretische Inhalts Umschreibung aus.

verzögert, ist ohne weiteres klar, dass dem Beklagten zu gebieten ist, den Kläger unverzüglich in den Genuss der Leistung zu bringen. Diese Situation ist typisch bei behaupteten materiellen Unterlassungsansprüchen, wobei insofern eine Besonderheit besteht, als eine negative Leistung zu erbringen ist²⁹. Der gleiche Grundsatz kann aber auch bei positiven materiellen Leistungsansprüchen angewendet werden. In solchen Fällen ist die Besonderheit darin zu suchen, dass schon die blossе Verzögerung der Leistung einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil nach sich ziehen würde. Das Aussergewöhnliche liegt also nicht primär im Inhalt des erlassenen Gebotes, sondern bei den Voraussetzungen zum Erlass der Sicherungsmassnahme. Es ist aber erneut zu betonen, dass mit der Anordnung solcher positiven Leistungen nicht etwa der materielle Anspruch des Klägers erfüllt wird. Es wird vielmehr bloss ein für die Abwehr der Gefahr notwendiges Verhalten des Beklagten angeordnet. Dass dieses in seiner Wirkung mit dem Gegenstand des behaupteten materiellen Anspruches übereinstimmt, ist insofern nur zufällig.

Die Gefährdung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung kann sodann, um ein weiteres Beispiel zu nennen, darin bestehen, dass der Beklagte eine Sache an einen gutgläubigen Dritten verkauft und damit die allfällige Durchsetzung des klägerischen Eigentumsanspruches vereitelt. Dem Beklagten muss demzufolge geboten werden, rechtliche Verfügungen über die Sache zu unterlassen. In diesem Zusammenhang ist die inhaltliche Zweiteilung der Sicherungsmassnahme besonders hervorzuheben. Handelt es sich nämlich in unserem Beispiel um eine bewegliche Sache, ordnen die Gerichte meistens eine Beschlagnahme an. Die Beschlagnahme ist aber nicht der eigentliche Gegenstand des Gebotes, sondern vielmehr eine Durchsetzungsanordnung. Ihr Erlass enthält immer das stillschweigende Gebot, dass der Beklagte keinerlei Verfügungen treffen darf. Um dem Beklagten darüber hinaus eine Verletzung dieses Gebotes tatsächlich zu verunmöglichen, wird ihm die Sache entzogen³⁰. Besteht jedoch, um ein letztes Beispiel zu nennen, die Gefahr darin, dass eine zu Eigentum beanspruchte Sache im Besitze des Beklagten durch mangelnden Unterhalt beschädigt wird, so ist ihm die Vornahme der entsprechenden Handlungen zu gebieten³¹.

Zum Schluss und der Vollständigkeit halber ist *Leipolds* Einteilung der "einstweiligen Verfügungen" in Sicherungs-, Abwehr- und Angriffsverfügungen zu erwähnen³². Die Sicherungsverfügung sichere die künftige Verwirklichung des klägerischen Anspruches, die Abwehrverfügung verhindere einen drohenden Eingriff in die Rechtsgüter des Klägers und die Angriffsverfügung erweitere die jetzige Rechts- und Gütersphäre des Klägers. Diese Einteilung überzeugt m.E. zumindest für den schweizerischen Rechtskreis nicht. Vereitelt nämlich der Beklagte die künftige Verwirklichung des materiellen Anspruches, greift er damit genau so in die Rechtsgüter des

29 Vgl. oben S. 24/25.

30 Vgl. für Zürich 223 Ziff. 2. Ein gutes Beispiel für eine klare Unterscheidung von Gebot und Durchsetzungsanordnung findet sich in ZR 52, 140.

31 Vgl. Kummer, Grundriss, S. 266.

32 *Leipold*, Grundlagen, S. 113 f. Vgl. auch *Leipolds* Kritik an der Einteilung der einstweiligen Verfügungen in Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsverfügungen durch *Jauernig* auf S. 105 ff.

Klägers ein, wie wenn er während der Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens einen Unterlassungsanspruch verletzt. Sodann lässt die Gruppierung der möglichen Anordnungen nach ihren Wirkungen noch keine Rückschlüsse auf allfällige Zulässigkeitsschranken zu. Diese ergeben sich nämlich nicht aus den Wirkungen der jeweiligen Anordnung an sich, sondern aus einem Vergleich dieser Wirkungen mit dem vom Kläger behaupteten materiellen Anspruch³³.

b) Die Beschränkung der möglichen Gebote durch
den behaupteten materiellen Anspruch

aa) Grundsatz

Es mag auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen, einerseits die inhaltliche Unabhängigkeit der Sicherungsmassnahme vom materiellen Recht zu betonen, jedoch andererseits den vom Kläger behaupteten materiellen Anspruch als Schranke zu betrachten. Der Widerspruch löst sich leicht, wenn man sich Stellung, Aufgabe und Besonderheit der Sicherungsmassnahmen in Erinnerung ruft.

Das Grundbedürfnis nach Sicherungsmassnahmen besteht deshalb, weil ein sofortiger definitiver Rechtsschutz praktisch nie gewährt werden kann. Dadurch kann für denjenigen, der materielle Rechte zu haben behauptet, die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung gefährdet werden³⁴. Sodann besteht bis zum Abschluss des ordentlichen Prozesses keine Gewissheit über die materielle Rechtslage. Es ist deshalb abzuwägen, welche der Streitparteien ein grösseres Interesse an der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung hat, bzw. wer das Risiko einer eventuell ungerechtfertigten Beschränkung seiner (noch festzustellenden) materiellen Rechte zu tragen hat³⁵. Fällt diese Interessenabwägung zugunsten des Klägers aus, ist dem Beklagten mit einer Sicherungsmassnahme ein bestimmtes Verhalten zu gebieten. Ist aber zum vornherein klar, dass dieses Verhalten selbst bei einer sofortigen und vollständigen Rechtsverwirklichung des Anspruches nicht durchsetzbar wäre, so ist auch offensichtlich, dass die erlassene Sicherungsmassnahme ihrer Aufgabe, letztlich der Verwirklichung des materiellen Rechtes zu dienen, nicht gerecht wird. Die Sicherungsmassnahmen beziehen ihre endgültige Rechtfertigung trotz ihrer formell-rechtlichen Natur aus der Bewährung an der materiellen Rechtsordnung³⁶.

33 Im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht unterscheidet aber Leipold nicht zwischen Geboten und Durchsetzungsanordnungen, weshalb er zwangsläufig zu anderen Ergebnissen gelangen muss.

34 Vgl. oben S. 6 ff. und 21 ff.

35 Vgl. oben S. 48.

36 Insofern ist Sträuli/Messmer, N 12 zu 110 und N 25 zu 222 sowie Jäggi, Grundfragen, S. 78/79, zuzustimmen, dass nämlich zwischen dem materiellen Recht und der inhaltlichen Ausgestaltung der Sicherungsmassnahmen ein enger Zusammenhang besteht. Daraus ist aber weder zu folgern, dass sich die Art der Massnahme aus dem materiellen Recht ergibt, noch dass die Sicherungsmassnahmen insgesamt dem materiellen Recht zugehören.

Aus der Bewährung am materiellen Recht leitet sich sodann auch die Haftung des Klägers für

Aus diesen Überlegungen ergibt sich folgende Schranke für den Erlass der Gebote: *Das durch die Sicherungsmassnahme angeordnete Verhalten des Beklagten darf in seiner (tatsächlichen) Wirkung nicht über das hinausgehen, was bei einer inhaltlich, zeitlich und räumlich vollständigen Verwirklichung des behaupteten materiellen Anspruches erreicht werden könnte.* Es ist somit nicht in erster Linie auf das spätere Endurteil abzustellen, denn selbst ein Sieg des Klägers bedeutet eine verzögerte und damit nicht mehr vollständige Rechtsverwirklichung. Es ist vielmehr eine sofortige Rechtsverwirklichung zu unterstellen und dieses hypothetische Resultat mit den tatsächlichen Wirkungen des Gebotes zu vergleichen³⁷. Ob das Gebot den bestehenden Zustand ändert oder lediglich aufrechterhält, ist somit irrelevant³⁸.

Zwei Beispiele mögen die Anwendung der Regel illustrieren. Der Kläger verlangt gestützt auf sein Eigentum die Herausgabe einer Sache und dem Beklagten wird durch eine Sicherungsmassnahme aufgetragen, für die Dauer des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens in bestimmter Art und Weise für den Unterhalt der Sache zu sorgen. Bei der Prüfung, ob die Sicherungsmassnahme inhaltlich zulässig ist, ist die sofortige Erfüllung des Herausgabeanspruches zu unterstellen. Dabei erhielte der Kläger die ihm gehörende Sache in unversehrtem Zustand. Wenn also dem Beklagten der Unterhalt der Sache auferlegt wird, so geht diese Anordnung in ihren Wirkungen nicht weiter als der (hypothetisch) verwirklichte materielle Anspruch: die Möglichkeit, diesen auch noch später real zu verwirklichen, wird gesichert³⁹. Behauptet sodann ein Kläger, eine Zeitung stehe im Begriffe, unwahre und ihn in seinen persönlichen Verhältnissen verletzende Äusserungen zu publizieren, und verlangt er, dass dies zu unterlassen sei, so fragt sich, was der betreffenden Zeitung durch eine Sicherungsmassnahme zu gebieten ist. Ein vorläufiges Verbot an den Zeitungsverleger, die Zeitung herauszugeben, würde die Gefahr einer Persönlichkeitsverletzung durchaus bannen und damit die Möglichkeit der Verwirklichung des Unterlassungsanspruches sichern. Unzulässig wäre aber ein solches Verbot deshalb, weil es in seinen Wirkungen über das hinausgehen würde, was bei einer sofortigen und endgültigen Verwirklichung des klägerischen Unterlassungsanspruches erreicht werden könnte. Die Herausgabe einer Zeitung steht als solche dem Persönlichkeitsrecht nicht entgegen.

bb) Die Anwendung des Grundsatzes auf behauptete obligatorische Ansprüche

An sich ist die Tatsache, dass ein bestimmter Anspruch seine Grundlage in einem obligatorischen statt z.B. in einem dinglichen Recht hat, kein Anlass, die Schranken

zu Unrecht ergangene Sicherungsmassnahmen ab (oben S. 88 ff.). Vgl. auch die Ausführungen zum mittelbaren Zweck der vorsorglichen Massnahmen oben S. 14 ff.

37 In ZR 67, 41 wurde z.B. eine Sicherungsmassnahme wegen ihrer räumlichen Wirkung abgelehnt.

38 Vgl. SJZ 62 (1966) S. 26, wo eine Sicherungsmassnahme aufgrund dieses unzutreffenden Kriteriums abgelehnt wurde.

39 Wer die Kosten solcher Unterhaltsarbeiten letztlich zu tragen hat, ist dagegen eine andere Frage und wird durch den Erlass der Sicherungsmassnahme nicht berührt.

für den Erlass eines Gebotes anders als soeben erläutert zu umschreiben. Immerhin wird aber die Ansicht vertreten, dass immer dann, wenn jemand eine obligatorische Verpflichtung zu einem Tun hat, gleichzeitig auch eine Unterlassungspflicht besteht, die Erfüllung nicht zu beeinträchtigen, was wiederum mit einer Sicherungsmassnahme durchgesetzt werden könne⁴⁰. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass selbst eine nicht fällige Forderung geschützt werden kann, wenn ihre spätere Erfüllung gefährdet erscheint⁴¹. Es ist deshalb angezeigt, nachfolgend auf die obligatorischen Ansprüche näher einzutreten.

Es ist erneut festzuhalten, dass die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung nur dann gefährdet sein kann, wenn es nach Abschluss des Hauptprozesses tatsächlich etwas zu verwirklichen gibt, mithin ein durchsetzbarer Anspruch behauptet wird; dies gilt für obligatorische Rechte genauso wie für die übrigen⁴². Besteht also z.B. die Gefahr, dass der Beklagte den Leistungsgegenstand an einen Dritten veräussert, so kann ihm dies durch eine Sicherungsmassnahme ohne weiteres verboten werden. Eine solche Anordnung geht in ihrer Wirkung nicht über das hinaus, was der Kläger bei einer sofortigen Verwirklichung seines Anspruches erreichen könnte. Bei erfülltem Leistungsanspruch wäre dem Beklagten jegliche Verfügungsmacht entzogen. Das Verbot erweist sich somit bei Anwendung der erläuterten Regeln als zulässig und es bedarf hiezu keiner Konstruktion eines besonderen Unterlassungsanspruches. Dagegen wäre es unzulässig, dem Beklagten zu gebieten, die notwendigen Vorbereitungen für eine gehörige Leistung vorzunehmen. Eine solche Anordnung liegt in ihren Wirkungen ausserhalb des (hypothetisch) verwirklichten Anspruches. Dieser versetzt zwar den Kläger in den Genuss der Leistung, doch bleibt dadurch unberührt, wie es zur Leistung kam; einziger Gegenstand des Anspruches ist die Leistungshandlung des Beklagten. Es trifft zwar zu, dass eine Forderung (im Gegensatz zum Anspruch) den Beklagten verpflichtet, seine Leistung gehörig vorzubereiten, aber genausowenig wie solche unselbständige Nebenverpflichtungen gerichtlich durchgesetzt werden können⁴³, können sie durch Sicherungsmassnahmen erzwungen werden⁴⁴.

Eine ganz andere Frage ist aber, ob in einer Vertragspflicht, etwas zu tun, auch eine Unterlassungspflicht enthalten sein könne, die positive Leistung nicht zu vereiteln⁴⁵. Solche Unterlassungspflichten sind durchaus denkbar, doch müssen sie sich aus dem obligatorischen Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, d.h. also aus dem materiellen Recht, ausdrücklich oder durch entsprechende Auslegung von Vertrags-

40 So z.B. Sormani, S. 74. Gemäss Huth, S. 24, enthalte jeder Anspruch eine "stillschweigende Obligation" zur Erhaltung des primären Leistungsangebotes.

41 Gemäss Vogel, S. 93, geniessen alle Rechte gegen Gefährdung Rechtsschutz. Damit soll aber offenbar nicht gesagt sein, dass auch eine nicht fällige Forderung geschützt werden kann, denn Vogel beschränkt den vorsorglichen Rechtsschutz "nach Massgabe des Hauptanspruches". Ansonsten stimmt Vogel mit der hier vertretenen Auffassung überein, dass es auf die materiellrechtliche Grundlage des Anspruches nicht ankomme.

42 Für eine ausführliche Begründung vgl. oben S. 70 f. Gleich auch Graner, S. 13.

43 So von Tuhr/Peter, S. 35/36.

44 A.A. für Deutschland Jauernig, S. 328, wonach auch nicht selbständig einklagbare Nebenpflichten mit Sicherungsmassnahmen durchgesetzt werden können.

45 Vgl. Kummer, Klagerecht, S. 38; Haubensak, S. 60/61.

bestimmungen ergeben. Im Zusammenhang mit Sicherungsmassnahmen bedeutet dies, dass eine solche Unterlassungspflicht zunächst einmal fällig sein und sodann auch vom Kläger behauptet werden muss⁴⁶. Hernach ist die Möglichkeit der Verwirklichung dieses *materiellen Unterlassungsanspruches* durch eine entsprechende Anordnung zu sichern.

cc) Besonderheiten bei Ansprüchen auf eine Geldleistung

Die Frage, ob eine Sicherungsmassnahme inhaltlich eingeschränkt oder gar vollständig ausgeschlossen ist, wenn der behauptete materielle Anspruch eine Geldleistung zum Gegenstand hat, ist umstritten. Zwar herrscht Einstimmigkeit darüber, dass die Sicherstellung einer Geldleistung ausschliesslich durch einen Arrest gestützt auf das SchKG erfolgen kann⁴⁷. Jedoch betrachtet es *Vogel* als zulässig, mit einer Sicherungsmassnahme die vorläufige Vollstreckung einer Geldleistung anzuordnen⁴⁸. Die Durchsetzung dieser Anordnung habe jedoch gemäss den Regeln des SchKG zu erfolgen, wobei die Sicherungsmassnahme ein definitiver Rechtsöffnungstitel sei. Letzteres wird jedoch vom Bundesgericht mit der Begründung abgelehnt, dass nur endgültige Gerichtsentscheide zu einer definitiven Rechtsöffnung führen können⁴⁹.

Die zu beachtende Schranke für ein Gebot ergibt sich weder aus dem Gegenstand des behaupteten materiellen Anspruches, noch aus dem angeordneten Verhalten des Beklagten allein. Wesentlich ist vielmehr der Vergleich der Wirkung des Gebotes mit der sofortigen Erfüllung des Anspruches. Daraus folgt, dass ein Anspruch auf Geldleistung für sich allein keine zusätzliche Schranke für den Inhalt von Sicherungsmassnahmen bildet. Theoretisch kann deshalb auch hier die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung unter Anwendung der allgemeinen Regeln gesichert werden. Zu beachten ist aber, dass bei Ansprüchen auf eine Geldzahlung das SchKG besondere und ausschliesslich geltende Regeln aufgestellt hat. Die daraus folgenden Schranken ergeben sich somit aus dem Vorrang ausdrücklicher Bundesvorschriften. Geht es darum, den Beklagten an der Verfügung über Vermögensstücke zu hindern, um das Haftungssubstrat für die Erfüllung des Anspruches zu erhalten, so sind einzig die Bestimmungen über den Arrest anwendbar. Diese regeln sowohl die Voraussetzungen als auch die Art der Sicherung, weshalb die erläuterten Regeln über die Beschränkung der Gebote gar nicht zur Anwendung kommen. Ist dagegen sicherzustellen, dass der Geldanspruch auch in zeitlicher Hinsicht vollständig erfüllt werden kann, so bleibt nichts anderes übrig, als eine Verzögerung durch sofortige Zahlung zu verhindern. Solche Anordnungen sind aber vom SchKG nicht erfasst. Zudem gehen sie in ihrer Wirkung auch nicht über eine sofortige Rechtsverwirklichung hinaus, da sie sich ja mit dem Inhalt des Anspruches decken. Ein solches Zahlungsgebot ist somit ein zu-

46 Vgl. oben S. 70 f.

47 Vgl. dazu oben S. 91.

48 Vogel, S. 94/95.

49 Vgl. BGE 74 II 51 und 79 II 288 sowie auch Voyame, S. 167.

lässiger Inhalt von Sicherungsmassnahmen. Dagegen hat die Durchsetzung solcher Anordnungen ausschliesslich auf dem Wege der Schuldbetreibung zu erfolgen⁵⁰. Ob diese nun für den Bereich der Sicherungsmassnahmen offensteht, ist anhand des SchKG zu entscheiden, und die oben erwähnte Kontroverse dreht sich denn auch nur um die Frage, ob eine Sicherungsmassnahme ein definitiver Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 SchKG sei. Die Behandlung dieses reinen SchKG-Problems liegt ausserhalb der Thematik der vorliegenden Arbeit. Immerhin scheint es m.E. aber nicht gerechtfertigt, den Sicherungsmassnahmen den Charakter eines definitiven Rechtsöffnungstitels abzuspochen. Zwar besagt die Tatsache, dass gestützt auf Art. 283 ZGB vorläufige Geldzahlungen angeordnet werden können, für sich allein noch nicht unbedingt, dass dies auch allgemein gelten müsse⁵¹. Man könnte diese Gesetzesnorm als Ausnahmebestimmung und als *lex posterior* zum SchKG betrachten und entsprechend eng auslegen. Ähnliches gilt für eine Massnahme gestützt auf Art. 145 ZGB. Wie noch zu zeigen sein wird, bildet diese Bestimmung eine Grundlage sowohl für Sicherungs- wie auch für Regelungsmassnahmen⁵². Stellt sich die angeordnete Zahlung als eine Regelungsmassnahme heraus, so wird damit ein materiellrechtlicher Anspruch unmittelbar geschützt und nicht lediglich die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung⁵³. Dass solche Ansprüche auf dem Wege der Schuldbetreibung durchsetzbar sind, wird zu Recht nirgends bezweifelt⁵⁴. Wesentlich ist wohl, dass auch Sicherungsmassnahmen der formellen Rechtskraft fähig sind, womit ihnen die Qualität eines vollstreckbaren Gerichtsentscheides zukommt⁵⁵. Damit besteht aber kein Grund mehr, den Sicherungsmassnahmen die Eigenschaft eines definitiven Rechtsöffnungstitels abzuspochen. Das dagegen vorgebrachte Argument, die Sicherungsmassnahmen seien ihrer Natur nach nur vorläufige Anordnungen, ist m.E. nicht stichhaltig. Es hat wohl seine Grundlage darin, dass nach bisheriger Auffassung solche Sicherungsmassnahmen auch materiell als vorläufige Vollstreckung des behaupteten materiellen Anspruches aufgefasst wurden. Dass dies nicht zutrifft, wurde erläutert⁵⁶. Es ist somit nicht einzusehen, weshalb Art. 80 SchKG der Durchsetzung einer Geldzahlung entgegensteht, wenn eine solche Anordnung zur Sicherung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung notwendig erscheint⁵⁷.

50 Art. 38 SchKG.

51 Vogel, S. 94 Anm. 25 scheint diesen Analogieschluss zu ziehen.

52 Vgl. dazu unten S. 131 und 155 ff.

53 Vgl. oben S. 27 ff.

54 Vogel, S. 94 Anm. 25.

55 Vgl. für Zürich Sträuli/Messmer, N 2 der Vorbemerkungen zu 301 ff., wonach die Vollstreckbarkeit mit der formellen Rechtskraft eintritt. Mit Bezug auf Art. 80 SchKG vgl. Fritzsche, Bd. I, S. 138 und Amonn, S. 122.

56 Vgl. oben S. 24/25.

57 Die Anordnung einer Geldzahlung scheitert aber meistens am Grundsatz der Verhältnismässigkeit; vgl. dazu unten S. 115 f.

2. Anknüpfungspunkt und Schranken der Durchsetzungsanordnungen

Zum Inhalt einer Sicherungsmassnahme gehört, nebst einem bestimmten Gebot, regelmässig auch eine Durchsetzungsanordnung, um die Wirksamkeit der Sicherungsmassnahme zu gewährleisten⁵⁸.

a) Der Anknüpfungspunkt der Durchsetzungsanordnungen

Sollen Durchsetzungsanordnungen sicherstellen, dass das an den Beklagten gerichtete Gebot auch tatsächlich befolgt wird, so ist der Anknüpfungspunkt für Durchsetzungsanordnungen leicht zu erkennen. Einerseits kann psychischer Druck auf den Beklagten ausgeübt und damit sein Wille, das Gebot zu beachten, beeinflusst werden. Andererseits kann aber u.U. dem Beklagten tatsächlich verunmöglicht werden, das Gebot zu verletzen, indem ihm entweder das Objekt, an dem er die Gebotsverletzung vollziehen kann (das Handlungsobjekt) oder die Mittel, mit welchen die Verletzung begangen werden kann (die Handlungsmittel), entzogen werden. Voraussetzung für eine solche Durchsetzungsanordnung ist natürlich, dass Handlungsobjekt oder Handlungsmittel vorhanden sind, wobei als Handlungsmittel nicht nur Sachen, sondern auch Personen in Frage kommen.

Aufgrund dieser Überlegungen lassen sich drei Fallgruppen unterscheiden⁵⁹:

- Lautet das Gebot auf eine reine Handlung des Beklagten, und sind somit weder ein Handlungsobjekt noch Handlungsmittel vorhanden, so ist zunächst zu unterscheiden, ob die gebotene Handlung vertretbar oder absolut unvertretbar⁶⁰ ist. Ist die Handlung vertretbar, kann sie unmittelbar durch Anordnung obrigkeitlicher Gewalt oder durch Ersatzvornahme erzwungen werden⁶¹. Ist sie dagegen absolut unvertretbar, kommt lediglich die Anordnung indirekten Zwanges wie die Androhung einer Ordnungsbusse oder einer Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB in Frage⁶². Diese Art indirekter Durchsetzung kommt häufig vor, wenn vom Beklagten ein blosses Nichttun gefordert wird.
- Eine zweite Gruppe umfasst diejenigen Fälle, in denen der Beklagte für eine allfällige Gebotsverletzung über ein oder mehrere Sachen als Handlungsobjekt oder Handlungsmittel verfügt. Dem Beklagten ist somit die Verfügungsmacht über diese Sache(n) zu entziehen. Als typisches Beispiel solcher Durchsetzungsanordnungen ist die Beschlagnahme beweglicher Sachen zu erwähnen, aber auch die Grund-

⁵⁸ Vgl. oben S. 100.

⁵⁹ Es ist zu beachten, dass mit dieser Einteilung noch nichts über die Zulässigkeit einer Durchsetzungsanordnung im Einzelfall gesagt ist.

⁶⁰ Vgl. zu diesem Begriff Haubensak, S. 52 ff.

⁶¹ Vgl. Zürich 307 Abs. 1 und dazu Haubensak, S. 30 f. und 43 ff.

⁶² So Baur, Verfahren, S. 124; Huth, S. 71 und 109; Sträuli/Messmer, N 2 zu 223; Stamm, S. 44; vgl. für Zürich 223 Ziff. 1 und 306.

buchsperrt zeitigt dieselbe Wirkung⁶³. Die beschlagnahmte Sache kann Handlungsobjekt oder Handlungsmittel sein. Um ein Handlungsobjekt handelt es sich dann, wenn eine vom Kläger zu Eigentum beanspruchte Sache, die der Beklagte allenfalls verkaufen könnte, beschlagnahmt wird. Wird sodann dem Beklagten verboten, bestimmte Erzeugnisse herzustellen, so können gemäss Art. 77 Abs. 1 PatG die Maschinen, die zur verbotenen Herstellung solcher Erzeugnisse dienen, d.h. also die Handlungsmittel des Beklagten, beschlagnahmt werden. Es zeigt sich erneut, dass die Beschlagnahme nicht besonderer und eigenständiger Inhalt von Sicherungsmassnahmen ist, sondern bloss eine Durchsetzungsanordnung und damit Teilinhalt⁶⁴.

- Der Beklagte kann schliesslich die ihm auferlegten Verhaltenspflichten dadurch umgehen, dass er unbeteiligte Drittpersonen gewissermassen als “Handlungsmittel” benutzt. Es liegt auf der Hand, dass hier die direkte Anweisung an die Drittperson, dem Beklagten ihre Mitwirkung zu verweigern, die wirksamste Durchsetzungsanordnung ist. Die Besonderheit dieses Vorgehens liegt darin, dass der Adressat des Gebotes vom Adressat der Durchsetzungsanordnung verschieden ist. Gleichwohl richtet sich aber die Sicherungsmassnahme als Ganzes primär an den Beklagten, denn sein Verhalten ist es, das die Gefahr heraufbeschwört⁶⁵. Zu dieser Fallgruppe gehören auch Anweisungen an den Grundbuch- oder Handelsregisterführer, bestimmte Eintragungen nicht vorzunehmen. Es wäre allerdings auch denkbar, das jeweilige Register selbst als Handlungsmittel anzusehen. Da jedoch ein Registereintrag ohne Mitwirkung des Registerführers unmöglich ist, muss der Beklagte zur Vornahme einer verpönten Handlung zunächst die Mitwirkung des Beamten gewinnen. Es ist deshalb besser, diesen als “Handlungsmittel” zu betrachten⁶⁶.

Aus den geschilderten drei Fallgruppen ergeben sich somit vier Arten von Durchsetzungsanordnungen:

- Androhung von Ordnungsbusse oder Bestrafung gemäss Art. 292 StGB;
- Obrigkeitlicher Zwang bzw. Ersatzvornahme;
- Entzug von Handlungsobjekt oder Handlungsmitteln;
- Anweisungen an Dritte.

⁶³ Vgl. zur Grundbuchsperrung unten S. 147 ff.

⁶⁴ Der Charakter einer Beschlagnahme als Durchsetzungsanordnung kommt gut zum Ausdruck in Mitt. 1976, S. 246. In die gleiche Richtung zielt auch Stamm, S. 47, der den Sinn der Beschlagnahme darin sieht, einen Befehl nicht illusorisch zu machen. Dagegen sehen Guldener, Zivilprozessrecht, S. 579, und Gschwend, S. 122, in der Beschlagnahme eine Sicherungsmassnahme besonderen Inhalts.

⁶⁵ Auch Hasenböhler, S. 22, betrachtet die Anweisung an eine Drittperson als Durchsetzungsanordnung. Zu weit gehen jedoch Ulrich, S. 16, und Sträuli/Messmer, N 13 zu 110, wenn sie generell Sicherungsmassnahmen gegenüber unbeteiligten Dritten zulassen wollen. Vgl. als frühes Beispiel einer Anweisung an eine Drittperson ZR 28, 69.

⁶⁶ Vgl. zu den Besonderheiten, die sich aus der ausdrücklichen Regelung des Grundbuchrechtes im ZGB ergeben, unten S. 141 ff.

Wann die eine oder andere Durchsetzungsanordnung vom Richter anzuordnen ist, lässt sich nicht theoretisch umschreiben, sondern hängt vom jeweils erlassenen Gebot ab. Als Richtschnur hat dabei die Wirksamkeit der Sicherungsmassnahme zu dienen. Der Auswahl einer Durchsetzungsanordnung sind aber auch Schranken gesetzt, die nachfolgend zu betrachten sind.

b) Die Beschränkung der möglichen Durchsetzungsanordnungen
durch den Gegenstand des behaupteten materiellen Anspruches

Für die grundsätzlichen Überlegungen darüber, weshalb das materielle Recht überhaupt die inhaltliche Ausgestaltung von Sicherungsmassnahmen beeinflusst, ist auf das oben im Zusammenhang mit den Geboten Gesagte zu verweisen⁶⁷. Für die Durchsetzungsanordnungen gilt es darüber hinaus, gewisse Besonderheiten zu beachten:

Ohne weiteres klar ist zunächst, dass die Möglichkeit, eine Busse oder Ungehorsamsstrafe anzudrohen, durch den behaupteten materiellen Anspruch in keiner Weise berührt wird. Der Richter kann als staatlicher Machttträger seinen Anordnungen mit diesen Mitteln Nachdruck verschaffen, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht.

Knüpfen dagegen die Durchsetzungsanordnungen an Handlungsobjekte oder -mittel an, ergeben sich die zu beachtenden Schranken aus dem Gegenstand des behaupteten materiellen Anspruches: *Durchsetzungsanordnungen dürfen nur bei solchen Handlungsobjekten oder -mitteln anknüpfen, die im Falle einer Zwangsvollstreckung des materiellen Anspruches ebenfalls erfasst werden könnten*, wobei für die Prüfung dieser Frage zu unterstellen ist, dass der behauptete Anspruch dem Kläger zusteht. Diese Regel ergibt sich aus der folgenden einfachen Überlegung: Könnten auch andere Handlungsmittel oder -objekte als die soeben umschriebenen mit einer Durchsetzungsanordnung erfasst werden, so müssten der Beklagte oder allfällige Dritte Eingriffe in ihre Interessensphäre dulden, die sie sich selbst bei einer vorbehaltlosen Anerkennung des klägerischen Anspruches nicht gefallen lassen müssten. Damit wäre aber offensichtlich, dass die Durchsetzungsanordnung und damit die Sicherungsmassnahme als Ganzes dem materiellen Recht widerspräche.

Einige Beispiele mögen die entwickelte Regel illustrieren. Klagt der Kläger gestützt auf sein Eigentumsrecht an einem Grundstück auf Unterlassung des Befahrens seiner Privatstrasse durch den Beklagten, so kann letzterem, wenn ansonsten die Voraussetzungen zum Erlass einer Sicherungsmassnahme gegeben sind, dieses Verhalten bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens verboten werden. Zur Durchsetzung dieses Verbotes wäre es an sich denkbar, das Auto des Beklagten (= Handlungsmittel) zu beschlagnahmen. Unzulässig wäre eine solche Anordnung aber deshalb, weil der Gegenstand des behaupteten Anspruches eine reine Unterlassung ist. Eine Vollstreckung des Unterlassungsanspruches würde demnach das Fahr-

67 Vgl. oben S. 103.

zeug des Beklagten nicht mitumfassen⁶⁸. Ganz anders verhält es sich, wenn dem Beklagten die Verfügung über eine bewegliche Sache verboten und dies durch eine Beschlagnahme verunmöglicht wird, wobei der Kläger einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung dieser Sache zu haben behauptet. Handelt es sich um eine Speziessache, so gibt der Anspruch dem Kläger das Recht, diese dem Beklagten notfalls mit staatlicher Gewalt zu entziehen. Vom Beklagten aus gesehen bedeutet deshalb die Beschlagnahme einen Eingriff, der auch gestützt auf den behaupteten materiellen Anspruch erfolgen könnte⁶⁹.

Die gleichen Überlegungen gelten, wenn die Durchsetzungsanordnungen in einer Anweisung an eine Drittperson besteht. Eine Drittperson kann nur dann und nur soweit zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden, als dies auch gestützt auf den materiellen Anspruch möglich wäre. Macht sie also eigene, dem behaupteten Anspruch vorgehende Rechte geltend, so ist eine entsprechende Durchsetzungsanordnung unzulässig⁷⁰.

3. Zusammenfassung

Sicherungsmassnahmen bestehen inhaltlich aus zwei Teilen: Geboten und Durchsetzungsanordnungen. Mit den Geboten ist dem Beklagten ein Verhalten (Tun oder Unterlassen) vorzuschreiben, das die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung für den Kläger nicht vereitelt. Der konkrete Gegenstand der Gebote ergibt sich jeweils aus der angestrebten Art der Rechtsverwirklichung. Die Durchsetzungsanordnungen gewährleisten die Wirksamkeit der erlassenen Gebote. Sie knüpfen an die Handlungsobjekte oder Handlungsmittel an, die dem Beklagten für eine allfällige Verletzung eines Gebotes zur Verfügung stehen. Die Zahl der an sich denkbaren Gebote und Durchsetzungsanordnungen werden durch den jeweils behaupteten materiellen Anspruch des Klägers beschränkt. Das mit einem Gebot angeordnete Verhalten des Beklagten darf in seiner Wirkung nicht über das hinausgehen, was bei einer inhaltlich,

68 Vgl. als weiteres Beispiel ZR 43, 52, wo die Beschlagnahme von Maschinen zur Durchsetzung eines Verkaufsverbotes abgelehnt wurde, weil dem Kläger selbst bei Unterstellung des Bestehens seines behaupteten Anspruches kein Recht auf diese Maschinen zustand. Stattdessen wurde eine Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB angedroht. Der Entscheid ist allerdings im Ergebnis unrichtig, weil die Sicherungsmassnahme im Zusammenhang mit einer Feststellungsklage erlassen wurde. Es fehlte somit zum vornherein an einem durchsetzbaren Anspruch; vgl. dazu oben S. 70 f.

69 Gemäss Guldener, Zivilprozessrecht, S. 581, bedarf es für die wirksame Beschränkung des rechtlichen Könnens des Beklagten einer Grundlage im materiellen Recht. Diese Ansicht ist nach dem bisher Gesagten abzulehnen. Mit einer Beschlagnahme wird nicht etwa ein materielles Recht des Klägers gegenüber dem Beklagten durchgesetzt. Der Eingriff in die Interessensphäre des Beklagten erfolgt vielmehr durch einen hoheitlichen Akt gestützt auf prozessuale Normen.

70 So auch Kummer, Grundriss, S. 266; Huth, S. 33 Anm. 53. Vgl. für die ähnliche, aber nicht identische Situation bei der Vollstreckung materiellrechtlicher Ansprüche Haubensak, S. 88 ff.

zeitlich und räumlich vollständigen Verwirklichung des materiellen Anspruchs erreicht werden könnte. Die Durchsetzungsanordnungen dürfen demgegenüber nur bei solchen Handlungsmitteln oder -objekten anknüpfen, die bei einer Zwangsvollstreckung des klägerischen Anspruchs ebenfalls erfasst werden könnten.

Die nach den geschilderten Regeln erfolgte Inhaltsbestimmung der Sicherungsmassnahme führt meistens zu mehr als nur einem Ergebnis. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gibt darüber Aufschluss, wie die Auswahl zwischen mehreren inhaltlich möglichen Sicherungsmassnahmen zu treffen ist.

III. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit

1. Vorbemerkungen

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird von der jüngeren Lehre und Rechtsprechung als ein allgemeiner, das gesamte öffentliche Recht beherrschender Rechtsgrundsatz betrachtet⁷¹. Das Bundesgericht misst dem Gebot der Verhältnismässigkeit Verfassungsrang zu, wobei aber noch keine einheitliche Praxis darüber herrscht, ob das Gebot eine selbständige ungeschriebene Verfassungsnorm darstellt oder aus Art. 4 BV abzuleiten ist⁷². Zweck des Gebotes ist, den Bürger gegen übermässige Eingriffe des Staates zu schützen, mithin den Staat in der Ausübung seiner legitimen hoheitlichen Befugnisse zu begrenzen⁷³.

Der Hauptanwendungsbereich für den Verhältnismässigkeitsgrundsatz liegt im Verwaltungsrecht. Es ist deshalb, nach einer kurzen Darstellung der allgemeinen Prinzipien, zu prüfen, inwiefern der im Verwaltungsrecht entwickelte Begriff der Verhältnismässigkeit für den Bereich der Sicherungsmassnahmen Geltung beanspruchen kann. Schliesslich bedarf die Anwendung des Grundsatzes auf die Bestimmung des Inhalts der Sicherungsmassnahme näherer Erläuterung.

2. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im allgemeinen

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst drei Teilgebote: Das Gebot der Geeignetheit, das Gebot der Erforderlichkeit und das Gebot der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne.

71 Zimmerli, S. 10 und 22; Müller, Principe, S. 213; Wolffers, S. 298; Imboden/Rhinow, S. 341 ff.; Gygi, Verwaltungsrechtspflege, S. 142; BGE 94 I 397.

72 Vgl. dazu Zimmerli, S. 20 f. Für die Zwangsvollstreckung wird das Verhältnismässigkeitsprinzip aus Art. 4 BV abgeleitet (vgl. Haubensak, S. 29 mit weiteren Verweisen auf die Rechtsprechung).

73 Zimmerli, S. 18/19 und 22.

a) Das Gebot der Geeignetheit

Eine staatliche Massnahme hat zu unterbleiben, wenn objektiv kein taugliches Mittel zur Verwirklichung des angestrebten Zwecks zur Verfügung steht. Verboten sind insbesondere sinn- und zwecklose und deshalb auch willkürliche Massnahmen. Damit ist auch angedeutet, dass sich das Gebot der Geeignetheit sinngemäss mit dem aus Art. 4 BV fliessenden Willkürverbot deckt⁷⁴. Die Prüfung der Geeignetheit steht jeweils am Anfang jeder Verhältnismässigkeitsprüfung. Erst bei Bejahung ihres Vorhandenseins stellt sich die Frage nach der Erforderlichkeit des staatlichen Eingriffs.

b) Das Gebot der Erforderlichkeit

Danach ist eine an sich geeignete Massnahme verboten, wenn für die Erreichung des angestrebten Zwecks eine ebenfalls geeignete, jedoch mildere Anordnung genügen würde. Dieser Grundsatz wurde für den Bereich der Verwaltungsmassnahmen dahingehend präzisiert, dass Eingriffe sachlich nicht über das Notwendige hinausgehen dürfen sowie räumlich, zeitlich und persönlich angemessen sein müssen. Das Gebot der persönlichen Angemessenheit besagt insbesondere, dass sich Massnahmen bei mehreren möglichen Adressaten gegen denjenigen zu richten haben, dem sie am ehesten zugemutet werden können⁷⁵.

c) Das Gebot der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn

Dieses Gebot stellt sich denjenigen Massnahmen entgegen, die, obwohl sie die ersten beiden Gebote erfüllen, einen derart schweren Eingriff für den Betroffenen bedeuten würden, dass zwischen dem Eingriff und dem angestrebten Erfolg ein Missverhältnis entstünde, das sich nicht mehr verantworten liesse⁷⁶.

3. Zur Frage der Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes auf Sicherungsmassnahmen

Sicherungsmassnahmen gehören ihrer prozessualen Natur gemäss zum öffentlichen Recht. Das Gebot der Verhältnismässigkeit wiederum ist ein das öffentliche Recht beherrschender Grundsatz, so dass sich die Frage nach dem Zusammenhang zwischen diesem und den Sicherungsmassnahmen stellt⁷⁷.

74 Zimmerli, S. 25.

75 Imboden/Rhinow, S. 344 f.

76 Haubensak, S. 29: "Es soll nicht mit Kanonen auf Spatzen geschossen werden".

77 In BGE 99 II 235/236 scheint das Bundesgericht bei der Prüfung der Beeinträchtigung der

Der Richter sieht sich beim Erlass von Sicherungsmassnahmen, d.h. bei der Anwendung öffentlichen Rechtes, wesentlich anderen Grundlagen gegenübergestellt als z.B. ein Verwaltungsbeamter. Die Sicherungsmassnahmen dienen einerseits privaten Interessen, indem sie die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zugunsten einer Partei schützen. Daraus ergibt sich für die Sicherungsmassnahmen wie für das Zivilprozessrecht überhaupt eine enge Bindung an das Privatrecht. Andererseits sind Sicherungsmassnahmen eine institutionelle Notwendigkeit, um die Feststellung und Durchsetzung materieller Rechte im ordentlichen Rechtsschutzverfahren zu gewährleisten. Als ein vom ungeschriebenen Bundesverfahrensrecht gefordertes Institut ermöglichen sie den staatlichen Rechtspflegeorganen, ihre angestammte Aufgabe, die Privatrechtsordnung durchzusetzen, wahrzunehmen. Sicherungsmassnahmen dienen somit auch rechtsstaatlichen und damit im öffentlichen Interesse stehenden Zielen. Aus dieser rechtspolitischen Doppelspurigkeit folgt, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht unbedenken vom Verwaltungsrecht auf das Institut der Sicherungsmassnahmen übertragen werden kann.

Abzulehnen ist zunächst, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei der Prüfung der Frage, ob eine Partei Anspruch auf Erlass von Sicherungsmassnahmen hat, anzuwenden. Es wird allerdings verschiedentlich festgehalten, dass eine Sicherungsmassnahme nur dann ergehen dürfe, wenn dies auch wirklich nötig sei⁷⁸. Dem ist zwar grundsätzlich zuzustimmen, doch ergibt sich die Notwendigkeit einer Sicherungsmassnahme nicht aus der Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, sondern aus den bereits erläuterten, im ungeschriebenen Bundesrecht verankerten Voraussetzungen zum Erlass von Sicherungsmassnahmen⁷⁹. Die Rechtsprechung hat denn auch wiederholt festgehalten, dass bei erfüllten Voraussetzungen Sicherungsmassnahmen erlassen werden müssen, gleichgültig, wie schwer sie den Beklagten treffen mögen⁸⁰.

Demgegenüber ist aber der Verhältnismässigkeitsgrundsatz bei der Inhaltsbestimmung anzuwenden⁸¹. Sicherungsmassnahmen berühren inhaltlich die privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Streitparteien nicht. Sie zwingen vielmehr den Beklagten zu einem bestimmten Verhalten vor den Rechtspflegeorganen und stellen somit einen hoheitlichen Eingriff seitens der staatlichen Behörden in seine Interessensphäre dar. Solche Eingriffe müssen aber verhältnismässig sein.

Wettbewerbsfreiheit durch Kartelle den Grundsatz der Verhältnismässigkeit auf privatrechtliche Verhältnisse anzuwenden. Dies führt m.E. zu einer unnötigen Ausweitung des Begriffs der Verhältnismässigkeit, der grundsätzlich nur das Verhältnis zwischen dem Staat einerseits und den ihm unterworfenen Rechtssubjekten andererseits beschlägt. Im Zusammenhang mit Kartellen wäre es deshalb zutreffender, vom Gebot der schonenden Rechtsausübung zu sprechen, das unmittelbar aus Art. 2 ZGB fliesst.

⁷⁸ Vgl. Hablützel, S. 86; Huth, S. 29; Voyame, S. 166, sowie die Formulierungen in Art. 77 Abs. 3 PatG, 9 Abs. 2 UWG und 53 Ziff. 1 URG.

⁷⁹ Vgl. oben § 10.

⁸⁰ Vgl. BGE 94 I 10; Mitt. 1976, S. 201; 1977, S. 179.

⁸¹ So auch Sträuli/Messmer, N 12 zu 110 sowie sinngemäss auch Meng, S. 114; Sormani, S. 35; Reinert, S. 69; Müller, Grenzen, S. 81/82.

4. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz als inhaltliche Schranke der Sicherungsmassnahmen

Gemäss dem zweiteiligen Inhalt der Sicherungsmassnahmen ist die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit für die Gebote und die Durchsetzungsanordnungen getrennt zu untersuchen.

a) Anwendung auf die Gebote

Dass das mit der Sicherungsmassnahme angeordnete Verhalten des Beklagten überhaupt geeignet sein muss, die Vereitelung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zu verhindern, ist eine Selbstverständlichkeit, die deshalb nirgends ausdrücklich erwähnt wird. Droht z.B. die Gefahr, dass der Beklagte einen persönlichkeitsverletzenden Zeitungsartikel publiziert, der die Verwirklichung eines glaubhaft gemachten Unterlassungsanspruches verunmöglichen würde, so wäre es unzulässig, dem Beklagten die Duldung einer Gegendarstellung durch den Kläger aufzuerlegen. Dadurch würde das befürchtete Verhalten des Beklagten nicht nur nicht verhindert, sondern sogar toleriert⁸².

Dem Gebot der Erforderlichkeit sodann kommt zentrale Bedeutung zu⁸³. Es besagt, dass dem Beklagten kein Verhalten auferlegt werden darf, das über das für die Abwendung der Gefahr Notwendige hinausgeht. Die wichtigste Konsequenz dieses Grundsatzes besteht darin, dass es in den allermeisten Fällen unzulässig wäre, dem Beklagten eine positive Leistung an den Kläger zu gebieten. Verlangt also der Kläger vom Beklagten, eine bewegliche Sache herauszugeben, und befürchtet er, dass bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens die Sache an einen gutgläubigen Dritten übertragen werden könnte, so kommen grundsätzlich zwei Anordnungen in Betracht: Der Beklagte kann einerseits dazu verhalten werden, nicht über die Sache zu verfügen oder es kann ihm befohlen werden, die Sache an den Kläger herauszugeben. Beide Anordnungen sind geeignet, die befürchtete Gefahr abzuwenden und beide bewegen sich auch innerhalb des durch den behaupteten materiellen Anspruch gesetzten Rahmens. Erforderlich zur Erreichung des angestrebten Zieles ist jedoch nur ein Verfügungsverbot. Unverhältnismässig und damit unzulässig wäre demnach die Anordnung der Herausgabe der Sache an den Kläger⁸⁴.

Dagegen bleibt für die Anwendung des Gebotes der Verhältnismässigkeit i.e.S. kein Raum. Wurde festgestellt, dass ein bestimmtes Gebot für die Sicherung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung sowohl geeignet als auch tatsächlich erforderlich ist, so kann von einer entsprechenden Anordnung nicht deshalb abgesehen wer-

82 Vgl. im übrigen zur Gegendarstellung unten § 14.

83 Vgl. dazu BGE 94 I 10.

84 Vgl. als weiteres Beispiel für die Ablehnung einer Sicherungsmassnahme mangels Erforderlichkeit ZR 47, 57, S. 129.

den, weil dies einen schweren Eingriff in die Interessensphäre des Beklagten bedeuten würde. Die Abwägung der gegenseitigen Interessen der Parteien erfolgt vielmehr schon bei der Prüfung der Voraussetzungen zum Erlass der Sicherungsmassnahme. Sind diese gegeben, so muss sie angeordnet werden.

b) Anwendung auf die Durchsetzungsanordnungen

Auch hier versteht sich von selbst, dass eine Durchsetzungsanordnung geeignet sein muss, das angeordnete Verhalten des Beklagten durchzusetzen.

Mit einer Durchsetzungsanordnung soll auch nur soweit in die Interessensphäre des Beklagten eingegriffen werden, als dies zur Durchsetzung des angeordneten Verhaltens wirklich unumgänglich ist. Darüber hinausgehende Massnahmen wären unverhältnismässig. Wann dies der Fall ist, lässt sich aber nicht allgemeingültig formulieren, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Soll z.B. der Beklagte an der Verfügung über eine bewegliche Sache gehindert werden, so kann dies einerseits mit einer Beschlagnahme durchgesetzt werden, andererseits mag aber auch die blossе Androhung einer Ordnungsbusse oder einer Überweisung an den Strafrichter genügen. Die psychische Wirkung einer Strafandrohung sollte m.E. nicht unterschätzt werden, ansonsten man nämlich annehmen müsste, der Bürger habe zum vornherein keinen Respekt vor den richterlichen Behörden und dem Gesetz. Zum einen ist bei der Auswahl der Durchsetzungsanordnung in Betracht zu ziehen, ob der weitere Besitz der Sache dem Beklagten Nutzen bringt, ohne damit die Position des Klägers zu verschlechtern. Zum andern wird der Richter aber auch Umstände zu würdigen wissen, die auf eine eventuelle skrupellose Verletzung des erlassenen Gebotes durch den Beklagten hindeuten⁸⁵.

Schliesslich bleibt auch bei den Durchsetzungsanordnungen für den Grundsatz der Verhältnismässigkeit i.e.S. kein Raum. Zur Begründung kann auf das im Zusammenhang mit den Geboten Gesagte verwiesen werden⁸⁶.

IV. Der Parteiantrag

Es ist Sache der Prozessgesetze, zu bestimmen, welche Anforderungen an den Parteiantrag zu stellen sind und wie weit der Richter dadurch gebunden ist. Während die Gesetze hierüber mit Bezug auf Sicherungsmassnahmen praktisch keine konkreten Normen enthalten⁸⁷, wurden diese Fragen in der Lehre eingehend diskutiert.

85 Vgl. als Beispiel, wo aus den konkreten Umständen die Notwendigkeit einer Beschlagnahme hergeleitet wird, Mitt. 1976, S. 245/246.

86 Vgl. oben a).

87 Vgl. immerhin Freiburg 368 Abs. 1, wo ausdrücklich festgehalten wird, dass der Richter nicht an die Parteianträge gebunden ist.

1. Die Anforderungen an den Parteiantrag

Der überwiegende Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass dem Kläger nicht zugemutet werden könne, eine inhaltlich genau konkretisierte Sicherungsmassnahme zu beantragen⁸⁸. Zwar könne nicht einfach die "nötige" oder "geeignete" Massnahme verlangt werden⁸⁹, doch genüge es, wenn dem Begehren entnommen werden könne, was für ein Verhalten vom Beklagten erwartet wird⁹⁰.

Dieser Meinung ist grundsätzlich zuzustimmen, doch ist sie unter Beachtung der inhaltlichen Zweiteilung der Sicherungsmassnahme zu präzisieren. Der Kläger hat zunächst einmal das dem Beklagten aufzuerlegende Verhalten, also den Gegenstand des Gebotes⁹¹, in sein Begehren aufzunehmen. Darüber hinaus muss dem Antrag aber auch entnommen werden können, an welches Handlungsobjekt oder -mittel eine Durchsetzungsanordnung anzuknüpfen hat⁹². Dagegen ist nicht notwendig, dass die Durchsetzungsanordnung selbst bereits spezifiziert wird. Es wäre also m.E. genügend, wenn der Kläger beantragt, es sei der Beklagte am Verkauf der Liegenschaft X zu hindern. Ob dies schliesslich durch eine Grundbuchsperre oder eine Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Ziff. 1 ZGB erfolgt, ist vom Richter von Amtes wegen zu entscheiden⁹³.

2. Zur Frage der Bindung des Richters an den Parteiantrag

Darüber, ob der Richter an den Antrag des Klägers gebunden sei, gehen die Meinungen erheblich auseinander. Während eine Gruppe von Autoren dem Richter völlige Freiheit lassen möchte⁹⁴, betrachten andere den Antrag gewissermassen als Höchstgrenze, die der Richter zwar unter-, aber nicht überschreiten darf⁹⁵.

Angesichts der soeben erläuterten Anforderungen an den Parteiantrag lässt sich ein zwischen den beiden Ansichten vermittelnder Standpunkt einnehmen. Der Richter wäre demnach an das vom Kläger beantragte Gebot gebunden, nicht aber an den Antrag auf eine bestimmte Durchsetzungsanordnung. Ist nämlich der Richter ver-

88 Vgl. etwa Hasenböhler, S. 30; Meng, S. 87; für den deutschen Rechtskreis Baur, Studien, S. 74; Bruns, S. 183 und 326. Die Beantragung einer inhaltlich konkreten Massnahme, so dass der Richter sie ohne weiteres verfügen kann, verlangen Ziegler, S. 66, und Blum/Pedrazzini, Anm. 4a zu Art. 77 PatG, S. 653.

89 So Vogel, S. 99.

90 So Stamm, S. 31.

91 Vgl. dazu oben S. 101 ff.

92 Vgl. dazu oben S. 108 ff.

93 So auch Mitt. 1977 S. 179.

94 So Sträuli/Messmer, N 12 zu 110; Vogel, S. 99; Sieben, S. 53; Stamm, S. 76/77; Uebe, S. 81; sowie ZR 74, 34 a.E.; 33, 7.

95 Meng, S. 87; Graner, S. 59; Sormani, S. 64; Hasenböhler, S. 20 und 30; Baur, Studien, S. 74; Müller, Grenzen, S. 64; sowie SJZ 68 (1972) S. 192.

pflichtet, die im Einzelfall notwendige und erforderliche Durchsetzungsanordnung von Amtes wegen zu bestimmen, wäre es wenig sinnvoll, ihn andererseits dann, wenn eine Partei über die Minimalerfordernisse des Parteiantrages hinausgeht, an die beantragte Durchsetzungsanordnung zu binden. Am bereits erwähnten Beispiel erläutert, heisst das, dass der Richter selbst dann, wenn der Kläger konkret eine Grundbuchsperre beantragt, eine Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Ziff. 1 ZGB anordnen kann. Unzulässig wäre es aber, dem Beklagten die Belastung einer Liegenschaft zu verbieten, wenn der Kläger die Verhinderung eines Verkaufes beantragt hat. Es ist dem Kläger zuzumuten, den Gegenstand des Gebotes präzise zu umschreiben und allenfalls Eventualanträge zu stellen. In bezug auf die Gebote gilt deshalb die Dispositionsmaxime uneingeschränkt.

§ 14 Die Inhaltsbestimmung am Beispiel der sog. Gegendarstellung

I. Vorbemerkungen

Die Frage des Gegendarstellungsrechts des Einzelnen gegenüber den Massenmedien¹ wird sowohl *de lege ferenda* wie auch *de lege lata* lebhaft diskutiert. Insbesondere die Veröffentlichung des Entwurfes der Expertenkommission Lüchinger für eine Neugestaltung des Persönlichkeitsschutzes² hat die Auseinandersetzung um die rechtspolitische Zielsetzung des Gegendarstellungsrechts einem breiteren Publikum bekannt gemacht. *De lege lata* ist umstritten, ob und wie weit ein Gegendarstellungsrecht auf schon bestehende Gesetzesnormen abgestützt werden kann.

Bevor zur eigentlichen Thematik des vorliegenden Paragraphen geschritten werden kann, erscheint es angebracht, den derzeitigen Stand der Diskussion um den Begriff und Zweck der Gegendarstellung kurz darzustellen (II.). Sodann sind jene Ansichten kritisch zu würdigen, die ein Recht auf Gegendarstellung *de lege lata* aus Art. 28 ZGB ableiten (III.). Schliesslich wird zu zeigen sein, dass man bei Anwendung der oben erläuterten allgemeinen Regeln für die Inhaltsbestimmung von Sicherungsmassnahmen zur Figur der Gegendarstellung gelangt, wobei sich der Anspruch darauf aus dem Prozessrecht herleitet (IV.).

II. Begriff und Zweck der Gegendarstellung

1. Begriff

Eine Gegendarstellung ist die Veröffentlichung eines eigenen, abweichenden Standpunktes im Anschluss an eine die persönlichen Verhältnisse betreffende Tatsachenbehauptung in einem Massenmedium. Die Gegendarstellung wird jeweils von den Medien kostenlos und in gleicher Aufmachung wie die ursprüngliche Behauptung publiziert. Hervorzuheben ist dabei, dass Gegendarstellungen ihrerseits Tatsachenbehauptungen enthalten und nicht Gegenansichten zu blossen Meinungsäusserungen³.

Von der begrifflichen Umschreibung der Gegendarstellung zu unterscheiden ist die Frage, wann jemand in seinen persönlichen Verhältnissen "betroffen ist". Danach entscheidet sich, ob ein Anspruch auf Gegendarstellung besteht, wobei nament-

1 Unter dem Begriff Massenmedien werden nachfolgend Presse, Radio und Fernsehen zusammengefasst.

2 Nachfolgend zit. Entwurf. Vgl. für den Wortlaut des Entwurfes SJZ 71 (1975) 251 f.

3 Vgl. für ähnliche Begriffsumschreibungen Rehinder, S. 95; Riklin, Gegendarstellungsrecht, S. 182; Larese, S. 37; Schumacher, S. 218.

lich umstritten ist, ob der Eingriff in die persönlichen Verhältnisse widerrechtlich sein muss oder nicht.

2. Der Zweck der Gegendarstellung

Zur Rechtfertigung eines Gegendarstellungsrechtes werden in der heutigen Diskussion jeweils zwei Aspekte hervorgehoben. In medienpolitischer Hinsicht wird betont, dass die Gegendarstellung das Gleichgewicht zwischen den mächtigen Massenmedien und den durch diese Angegriffenen wiederherstellen soll⁴. Darüber hinaus wird damit aber auch bewirkt, dass das Publikum zusätzliche Informationen und damit eine breitere Basis für die Meinungsbildung erhält⁵. Die grossen Zeitungsunternehmen stehen dem Gegendarstellungsrecht denn auch grundsätzlich positiv gegenüber und betonen, dass es ein Gebot der Fairness und der Berufsethik sei, ihren Lesern zur Vertretung von Gegenstandspunkten genügend Platz einzuräumen⁶.

Ein zweiter Aspekt steht im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ZGB. Danach hat derjenige, der in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise, d.h. widerrechtlich, verletzt wird, Anspruch auf Beseitigung der Störung. Inhaltlich geht der Beseitigungsanspruch regelmässig auf Feststellung der Widerrechtlichkeit und Publikation des Urteils, wenn die Persönlichkeitsverletzung ihre Wirkung bei einer unbestimmten Anzahl von Drittpersonen entfaltet⁷. Diese Wirkung besteht regelmässig in der unrichtigen Vorstellung der Medienkonsumenten über eine Person, die Zielscheibe von unwahren oder doch ehrenrührigen Tatsachenbehauptungen geworden ist⁸. Es leuchtet ein, dass solche Persönlichkeitsverletzungen nur dadurch beseitigt werden können, dass den Medienkonsumenten die Korrektur oder der Widerruf der verletzenden Behauptungen zur Kenntnis gebracht wird. Geschieht dies nicht freiwillig, so ist eine Beseitigungsklage anzustrengen. Solche Prozesse benötigen aber regelmässig sehr viel Zeit. Insbesondere die förmliche Feststellung der Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung macht jeweils ein umfangreiches Beweisverfahren notwendig. Folge davon ist, dass sich eine Persönlichkeitsverletzung über Jahre hinweg entfalten kann. Dadurch besteht die Gefahr, dass sich die falschen Vorstellungen über den Kläger im Bewusstsein des Publikums so stark verankern können, dass eine spätere Beseitigung kaum noch möglich ist. Dieses unbefriedigende Ergebnis soll durch die Möglichkeit einer Gegendarstellung in unmittelbarem Anschluss an die persönlichkeitsverletzende Äusserung vermieden werden. Nach einem Teil der Lehre erfüllt somit die Gegendarstellung die Aufgabe

4 Vgl. dazu Grossen, S. 368; Lühinger, S. 328; Riklin, NZZ, S. 29.

5 Vgl. zu diesem Aspekt NZZ Nr. 100 vom 2./3. Mai 1981, S. 36.

6 So Coninx, S. 20; Curti, S. 20; Hausamann, S. 23.

7 Vgl. BGE 104 II 3; 101 II 187/188.

8 Vgl. im übrigen zu den verschiedenen Arten von Persönlichkeitsverletzungen Lühinger, S. 322 ff.

eines vorgezogenen Persönlichkeitsschutzes, indem sie ein durch die Massenmedien hervorgerufenen falsches Gedankenbild korrigiert⁹.

Dieser letztgenannten Zielsetzung für die Gegendarstellung kann nur bedingt zugestimmt werden. Eine Gegendarstellung lässt nämlich die Frage offen, ob die anfängliche Medienäusserung, zu der Stellung zu nehmen ist, tatsächlich falsch war¹⁰. Die Adressaten der Gegendarstellung werden deshalb in der überwiegenden Zahl der Fälle kaum bereit sein, ihre zuvor gewonnenen Einsichten einfach über Bord zu werfen. Damit bleibt aber die persönlichkeitsverletzende Wirkung der Publikation trotz Gegendarstellung bestehen¹¹.

Richtig ist dagegen, dass durch die Publikation einer Gegendarstellung eine spätere förmliche Berichtigung erleichtert wird, indem dem Publikum zum vornherein die Möglichkeit genommen wird, in guten Treuen nur einem Standpunkt Glauben zu schenken. Erstreitet der Verletzte später ein Urteil zu seinen Gunsten, so wird damit beim Publikum gewissermassen eine von zwei schon bekannten Vorstellungen nur noch bestätigt. Es ist unschwer zu erkennen, dass dadurch eine ungleich grössere Wirkung erzielt wird, als wenn nach Jahr und Tag ein bereits fest stabilisiertes Gedankenbild umgestossen werden muss. Insofern ist der enge Zusammenhang zwischen der Gegendarstellung und dem Beseitigungsanspruch unverkennbar. Ob jedoch daraus der Schluss gezogen werden muss, dass sich ein Anspruch auf Gegendarstellung notwendigerweise aus Art. 28 ZGB ergeben muss, ist eine andere Frage¹².

III. Die Gegendarstellung als Gegenstand eines materiellen Anspruches

Ein gewichtiger Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass sich der Anspruch auf Publikation einer Gegendarstellung unmittelbar aus Art. 28 ZGB ergebe¹³. So betrachtet bestünde ein unmittelbares und selbständiges materielles Recht gegenüber einem Massenmedium auf Duldung der Publikation einer Gegendarstellung. Konsequenterweise müsste dieser Anspruch *neben* den in Art. 28 ZGB gewährten Rechts-

9 In diesem Sinne Rehbindler, S. 95; Haubensak, S. 56; Lüchinger, S. 328; Walder, Rey, S. 281/282; Riklin, Gegendarstellungsrecht, S. 186.

10 Vgl. BGE 104 II 5. Eine Gegendarstellung ist deshalb für den Prozess über den Beseitigungsanspruch unpräjudizierbar. Vgl. dazu Riklin, Gegendarstellungsrecht, S. 186 und ZbJV 96 (1960) 479.

11 Abzulehnen ist deshalb SJZ (1971) 143/144, wonach die Gegendarstellung bereits eine Berichtigung bedeute.

12 Diesen Schluss ziehen Sträuli/Messmer, N 17 zu 110.

13 Vgl. Merz, S. 92; Jäggi, Persönlichkeit, S. 255a ff.; Kummer, Persönlichkeitsschutz, S. 111; Riklin, Gegendarstellungsrecht, S. 184; Vogel, S. 94.

Demgegenüber ergebe sich gemäss der in NZZ Nr. 34 vom 10. Februar 1978, S. 35, zit. Ansicht von F. Zölch, ein Gegendarstellungsanspruch nicht ohne weiteres aus Art. 28 ZGB. Schumacher, S. 219, schliesslich lehnt es ab, die Gegendarstellung als ein Institut des Bundesprivatrechtes zu betrachten.

behelf der Beseitigung treten, da dieser durch eine Gegendarstellung nicht präjudiziert wird¹⁴.

Diese Ansicht lässt sich m.E. de lege lata kaum vertreten. Art. 28 ZGB bietet grundsätzlich nur Schutz gegen *widerrechtliche* Persönlichkeitsverletzungen, d.h. insbesondere bei unwahren, die Persönlichkeit betreffenden Tatsachenbehauptungen. Demgegenüber lässt die Gegendarstellung gerade diese Frage offen; jedenfalls lässt sich bei der Anordnung einer Gegendarstellung kaum je liquid feststellen, ob eine Tatsachenbehauptung wahr oder unwahr ist¹⁵. Das zürcherische Obergericht hat in seinem grundlegenden Entscheid ZR 76, 116 zum Problem der Widerrechtlichkeit Stellung genommen. Darin wird festgehalten, dass ein Anspruch auf Gegendarstellung unverzüglich durchgesetzt werden kann, wenn die Unwahrheit und damit die Widerrechtlichkeit einer Medienäusserung unverzüglich liquid gemacht werden kann. Damit hält das Gericht zwar am Erfordernis der Widerrechtlichkeit fest, anerkennt aber andererseits einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Gegendarstellung, der aus Art. 28 ZGB fliesst. Demgegenüber lehnt der Entscheid die Annahme von sog. "materiellen Zwischenrecht" ab¹⁶. "Materielles Zwischenrecht" hat zum Ziel, das materiell-rechtliche Verhältnis zwischen zwei Streitparteien bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens interessengerecht zu regeln, ohne dass es dabei auf das Bestehen oder Nichtbestehen des behaupteten materiellen Anspruches ankäme. Ein in seinen persönlichen Verhältnissen Verletzter hätte demnach einen materiellen Anspruch auf Gegendarstellung, um damit die Zeit bis zur rechtskräftigen Feststellung der Widerrechtlichkeit der Verletzung zu überbrücken¹⁷.

Will man einen Gegendarstellungsanspruch aus Art. 28 ZGB ableiten, sind zwei Probleme zu überwinden. Zunächst muss Art. 28 ZGB durch Interpretation entnommen werden können, dass der dort ausschliesslich erwähnte Beseitigungsanspruch einen Anspruch auf Gegendarstellung in sich schliesst. Dies scheint an sich nicht unmöglich, wenn man bedenkt, dass auch die Ansprüche auf Unterlassung und Feststellung persönlichkeitsverletzender Handlungen als vom Beseitigungsanspruch mitumfasst gelten¹⁸. Sodann ist das weitere Problem der Widerrechtlichkeit zu lösen. Das Erfordernis der Widerrechtlichkeit gänzlich fallen zu lassen, kann m.E. angesichts der Praxis zu Art. 28 ZGB nicht realistisch vertreten werden, weshalb sich auch die Annahme materiellen Zwischenrechtes verbietet.

Eine theoretisch mögliche Lösung bestünde darin, den in Art. 28 ZGB verwendeten Begriff "unbefugterweise" weiter zu interpretieren. Eine persönlichkeitsverletzende Tatsachenäusserung wäre demnach nicht erst dann als unbefugt zu betrachten,

14 So Lühinger, S. 328. Vgl. auch Art. 28i des Entwurfes, wo der Rechtsschutz bei ungerechtfertigter Verweigerung einer Gegendarstellung geregelt wird.

15 Art. 28g des Entwurfes lässt das Erfordernis der Widerrechtlichkeit bewusst fallen; vgl. dazu Kopp, S. 33; Riklin, NZZ, S. 29; Larese, S. 37.

16 Vgl. zum Begriff "materielles Zwischenrecht" Leipold Strukturfragen, S. 258 ff., insbes. 265 und dazu unten S. 166 ff.

17 Vgl. auch Walder, Fall Rey, S. 282 N 9, der die Figur des materiellen Zwischenrechtes aufgreift.

18 Vgl. Vogel, S. 94.

wenn sie unwahr ist, sondern schon, wenn sie an eine unbekannte Anzahl Dritter verbreitet würde. Daraus wäre zu folgern, dass sich niemand gefallen lassen müsste, gegen seinen Willen an die Öffentlichkeit gezerrt zu werden, wenn dies in persönlichkeitsverletzender Weise geschieht¹⁹. Es ist aber kaum anzunehmen, dass eine derartige Erweiterung der Auslegung von Art. 28 ZGB vom Bundesgericht vollzogen wird, zumal eine Revision des Art. 28 ZGB in nächster Zukunft zu erwarten ist²⁰.

IV. Die Gegendarstellung als Gegenstand einer Sicherungsmassnahme

1. Die Anspruchsgrundlagen

Sicherungsmassnahmen haben ihre Grundlage im ungeschriebenen Bundesrecht, und sie müssen auf Begehren des Klägers erlassen werden, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Eine als Sicherungsmassnahme angeordnete Gegendarstellung wäre somit von Bundesrechts wegen gewährleistet²¹.

In Anwendung der allgemeinen Regeln hat der Kläger zunächst einen materiellen Anspruch, hier also einen Beseitigungsanspruch gemäss Art. 28 ZGB, zu behaupten und sodann glaubhaft zu machen, dass die Möglichkeit der künftigen Verwirklichung seines Anspruches durch das Verhalten des Beklagten gefährdet ist²². Aus dem bisher zum Thema Gegendarstellung Gesagten ist die Art der Gefahr unschwer zu erkennen. Sie besteht in der blossen *Verzögerung* der Erfüllung des Beseitigungsanspruches²³. Dadurch, dass die Beseitigungspflicht durch das beklagte Massenmedium bestritten wird, kann die von ihm publizierte Behauptung bis zum Abschluss des ordentlichen Rechtsschutzverfahrens im Publikum wirken. Daraus folgt die schon erwähnte Gefahr, dass selbst bei einem Sieg des Klägers im ordentlichen Prozess die Publikation des Urteils keine Beseitigungswirkung mehr erzielt²⁴. Die mögliche Nichtverwirklichung des klägerischen Beseitigungsanspruches ist somit eine Folge des Zeitablaufes.

Der Kläger hat aber darüber hinaus auch ein überwiegendes Interesse am Erlass einer Sicherungsmassnahme glaubhaft zu machen. Dieses Erfordernis gewinnt gerade im Zusammenhang mit Begehren um Gegendarstellungen besonderes Gewicht. Die den Massenmedien gemäss Art. 55 BV eingeräumte Pressefreiheit verleiht zwar kein

19 Die Frage der Widerrechtlichkeit ist immer auch eine Frage der Güterabwägung; Lüchinger, S. 324.

20 Vgl. für einen weiteren Vorschlag, den Gegendarstellungsanspruch aus dem materiellen Bundesrecht abzuleiten Riklin, Gegendarstellungsrecht, S. 190 ff.

21 Zu den bundesrechtlichen Grundlagen und Voraussetzungen der Sicherungsmassnahmen im Allgemeinen, vgl. oben S. 63 ff. und § 10.

22 Vgl. oben S. 70 ff.

23 Vgl. zur Verzögerung der Anspruchsverwirklichung als Gefährdung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung oben S. 24/25.

24 Vgl. dazu oben S. 71 f.

Sonderrecht, private Rechte des Einzelnen zu missachten²⁵. Die Massenmedien erfüllen aber eine im allgemeinen und damit auch öffentlichen Interesse stehende Informationsaufgabe, die nicht durch leichtfertig behauptete persönlichkeitsrechtliche Ansprüche beeinträchtigt werden soll. Der Kläger hat demnach zuerst glaubhaft zu machen, dass der als Folge einer eventuellen Nichtverwirklichung zu erwartende Nachteil nicht leicht wiedergutzumachen ist. Dieser Nachweis ist leicht zu erbringen, da persönlichkeitsverletzende Äusserungen in den Massenmedien regelmässig zu immateriellen Nachteilen führen, für die es selten adäquate Ersatzleistungen gibt. Der Kläger hat aber auch glaubhaft zu machen, dass ihm ein Beseitigungsanspruch tatsächlich zusteht. Nur so kann nämlich das Risiko möglichst klein gehalten werden, dass durch Publikation einer Gegendarstellung Fehlinformationen seitens des Klägers an eine unbestimmte Anzahl Drittpersonen verbreitet wird. Gemäss herrschender Praxis besteht ein Beseitigungsanspruch nur dann, wenn die persönlichkeitsverletzende Äusserung widerrechtlich ist²⁶. Dies ist zunächst immer dann der Fall, wenn eine Tatsachenbehauptung unwahr ist²⁷. Darüber hinaus können aber m.E. auch blossе Meinungsäusserungen widerrechtlich sein, wenn durch sie beim Publikum indirekt tatsachenwidrige Vorstellungen über den Kläger erzeugt werden²⁸. Es liegt auf der Hand, dass das Glaubhaftmachen der Unwahrheit einer Äusserung dem Kläger beträchtliche Schwierigkeiten bereiten kann. Gleichwohl darf bei Begehren um Gegendarstellung die Unwahrheit einer Behauptung zunächst nicht einfach angenommen werden²⁹. Andererseits ist aber auch nicht der strikte Nachweis der Unwahrheit zu verlangen. Vielmehr sollte der Richter den ohnehin dehnbaren Begriff der Glaubhaftmachung flexibel handhaben und die Widerrechtlichkeit dann als glaubhaft betrachten, wenn der Kläger nachprüfbare Anhaltspunkte vorzubringen vermag, dass sich die durch das Massenmedium verbreiteten Ereignisse auch anders abgespielt haben können.

Sind die Voraussetzungen für den Erlass einer Sicherungsmassnahme gegeben, ist der Inhalt der Anordnung zu bestimmen.

2. Die Gegendarstellung als Inhalt einer Sicherungsmassnahme

Im folgenden soll nachgewiesen werden, dass man bei Anwendung der allgemeinen Regeln für die Inhaltsbestimmung³⁰ zur Figur der Gegendarstellung gelangt, ohne dass hierfür eine besondere Grundlage in einem Gesetz notwendig ist.

25 So BGE 91 II 408; ZR 77, 46 E. 6 und 7; 76, 116, S. 299, sowie Reh binder, S. 96.

26 Vgl. Luchinger, S. 328.

27 Vgl. ZR 70, 46, S. 116.

28 Vgl. für Beispiele widerrechtlicher Medienäusserungen Merz, S. 85/86; Riklin, Gegendarstellungsrecht, S. 185, sowie BGE 91 II 406/407.

29 Abzulehnen ist deshalb ZbJV 96 (1960) 478.

30 Vgl. dazu oben § 13.

Entsprechend der inhaltlichen Zweiteilung der Sicherungsmassnahmen ist zunächst der Gegenstand des Gebotes zu bestimmen. Dieser richtet sich einerseits nach der Art der angestrebten Rechtsverwirklichung und andererseits nach dem Verhalten des Beklagten, das die Gefahr heraufbeschwört. Die künftige Rechtsverwirklichung besteht in der Beseitigung eines Gedankenbildes beim Publikum. Die bereits erwähnte Gefahr besteht darin, dass sich das durch die ursprüngliche Publikation erzeugte Gedankenbild im Laufe der Zeit so tief verankert, dass es nicht mehr geändert werden kann. Das gefährdende "Verhalten" des Beklagten besteht somit in einem Nichttun, indem er seine ursprünglich aufgestellten Tatsachenbehauptungen ungehindert wirken lässt. Daraus folgt, dass dem Beklagten, d.h. dem entsprechenden Massenmedium, ein Verhalten auferlegt werden muss, das die Abänderbarkeit des beim Publikum erzeugten Gedankenbildes gewährleistet. Es liegt in der Natur der Sache, dass dieses Ziel nur durch erneutes Einwirken auf den Medienkonsumenten erreicht werden kann, indem ihm eine alternative Darstellung des zuvor Gehörten oder Gesehenen zur Kenntnis gebracht wird. Daraus ergeben sich zwei mögliche Gebote: Zum einen kann dem beklagten Medium aufgetragen werden, unverzüglich eine entsprechende Erklärung zu veröffentlichen. Zum andern kann das Medium zur Duldung einer vom Kläger verfassten Erklärung gezwungen werden. Beide Gebote bewegen sich innerhalb der durch den behaupteten materiellen Beseitigungsanspruch gezogenen Grenzen. Sie gehen in ihren Wirkungen nicht weiter als eine unverzügliche Verwirklichung des Beseitigungsanspruches. In einem nächsten Schritt ist sodann eine der beiden Anordnungen nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit auszuwählen. Es liegt auf der Hand, dass eine durch den Kläger verfasste Erklärung für die beklagte Partei weit weniger einschneidend ist. Müsste nämlich ein Massenmedium eine selbstverfasste Erklärung veröffentlichen, käme dies im Effekt einem Widerruf der ursprünglichen Publikation gleich, auch wenn es denkbar ist, einen entsprechenden Hinweis auf den Charakter der zweiten Veröffentlichung beizufügen. Eine solche Auswirkung wäre aber unerwünscht, weil beim Erlass der Sicherungsmassnahme offen ist, ob die ursprüngliche Tatsachenbehauptung richtig oder falsch war und zudem eine weniger weitgehende Anordnung zur Verfügung steht. Damit gelangt man zu einer Sicherungsmassnahme, die inhaltlich im Ergebnis mit dem, was oben als Gegendarstellung definiert wurde, übereinstimmt. Da der Beklagte zu einer reinen Duldung verpflichtet wird, steht zur Durchsetzung der Anordnung die Androhung einer Ordnungsbusse oder Unehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB zur Verfügung.

V. Schlussbemerkungen

Eine Gegendarstellung kann nach dem Gesagten schon *de lege lata* als Sicherungs- und damit prozessuale Massnahme angeordnet werden, womit die Notwendigkeit einer extensiven Interpretation des Art. 28 ZGB entfällt³¹. Unvermeidbare Konse-

31 Die Ansichten, wonach die Gegendarstellung die vollständige oder teilweise Erfüllung des Be-

quenz ist aber, dass ein in seinen persönlichen Verhältnissen Betroffener die relativ strengen Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen erfüllen muss. Besonders ins Gewicht fällt dabei das Erfordernis, die Widerrechtlichkeit des Eingriffes in die Persönlichkeit, d.h. also die Unwahrheit der verbreiteten Tatsachenbehauptungen glaubhaft zu machen. In einer nicht unerheblichen Anzahl von Fällen dürfte es wohl schwer oder gar unmöglich sein, innert nützlicher Frist stichhaltiges Beweismaterial zu produzieren. Sodann darf auch nicht übersehen werden, dass angesichts der Machtstellung der Massenmedien ein Bedürfnis nach Gegendarstellung nicht erst dann besteht, wenn eine Tatsachenbehauptung möglicherweise falsch ist. Bei allem Respekt für die Aufgabe der Informationsmedien ist es eine Tatsache, dass zwischen der Wahrheit und der Unwahrheit eine Grauzone besteht, die nur allzu oft zum Nachteil des Einzelnen ausgenützt wird. Ob der davon Betroffene zu Recht oder Unrecht der öffentlichen Kritik preisgegeben wird, ist eine eher sekundäre Frage. Wichtig ist vielmehr, dass die Meinungsbildung in der Öffentlichkeit auf einer möglichst breiten Informationsbasis beruht. Dies lässt sich aber vielfach nicht anders verwirklichen, als dass dem Grundsatz „*audiatur et altera pars*“ nachgelebt wird. Es ist deshalb sehr zu begrüßen, dass bereits einige Zeitungsverlage und die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft in ihren internen Reglementen ein Recht auf Gegendarstellung einräumen, ohne dass dabei die Unwahrheit der primären Medienäusserung nachgewiesen werden müsste. Ob damit aber eine gesetzliche Verankerung des Gegendarstellungsrechts im ZGB überflüssig wird, darf mit Fug bezweifelt werden. Zum einen hängt die Einräumung einer freiwilligen Gegendarstellung vom Urteil eines Betroffenen, d.h. der Zeitung oder des Fernsehens ab; dass dabei Interessenkonflikte auftreten können, ist offensichtlich. Zum andern behalten sich die Massenmedien vor, auf eine freiwillig gewährte Gegendarstellung zu replizieren. Dies mag in einzelnen Fällen durchaus angebracht sein, doch befriedigt nicht, dass der Entscheid hierüber von einer interessierten Partei und nicht von einer neutralen Instanz gefällt wird. Es ist deshalb zu hoffen, dass in der künftigen Diskussion über die Revision des Art. 28 ZGB die kritischen und mahnenden Worte von Prof. Hans Merz berücksichtigt werden³²:

“Der Blick auf die geltende Ordnung mag dem Betrachter ein Gefühl der Beruhigung vermitteln. Der Blick auf die Wirklichkeit zeigt ein anderes Bild. Wer je mit dem Persönlichkeits- und Ehrenschatz praktisch zu tun hatte, weiss, dass in den nicht völlig eindeutig liegenden Fällen auf die Anrufung des Richters fast immer verzichtet wird und dass auch 9 unter 10 klaren Verletzungstatbeständen von den Betroffenen resigniert hingenommen werden. Sie fühlen sich zum vornherein unterlegen. Sie fürchten — zu Recht — das schon zitierte „*semper aliquid haeret*“. Sie wissen, dass der bösertige und der gewissenlose Gegner immer noch den Weg

seitigungsanspruches bedeute, sind somit abzulehnen (Walder, Fall Rey, S. 282; Kummer, Grundriss, S. 268). Die Gegendarstellung ist vielmehr verglichen zum Inhalt des Beseitigungsanspruches ein „*aliud*“.

³² Merz, S. 92.

zum letzten Wort, zur hämischen Glosse, zur kaum fassbaren, verkürzenden und entstellenden neuen Verdächtigung findet.

Die soeben gemachte Feststellung richtet sich nicht gegen die Presse und gegen den sie tragenden Berufsstand als solche. Umgekehrt wäre es aber eine unentschuld bare Verharmlosung nur von Entgleisungen Einzelner zu sprechen. Ein nicht belangloser Teil der Presse bewegt sich bewusst in der Grenzzone, jederzeit bereit, sie zu überschreiten und die Persönlichkeitsrechte Dritter zu verletzen, wenn der Gewinn den Aufwand lohnt. Gewinn ist der wirtschaftliche Erfolg, die politische Nebenwirkung, vielleicht auch ganz einfach die Befriedigung des Machtgefühls, die der Gebrauch aller Machtinstrumente vermittelt."

Zweiter Abschnitt

Regelungsmassnahmen

*§ 15 Die Bestimmung des Inhalts
gemäss materiellem Recht*

Regelungsmassnahmen sind materiell-rechtlicher Natur und regeln die rechtlichen Verhältnisse zwischen den Parteien unmittelbar¹. Werden also private Rechte zu- oder aberkannt, oder neue durch gestaltende Eingriffe geschaffen, so braucht es hierfür eine Grundlage im materiellen Bundesrecht². Daraus folgt, dass für die Bestimmung des Inhalts der Regelungsmassnahmen keine allgemeine Formel gefunden werden kann. Vielmehr bestimmt das materielle Bundesrecht dort, wo es Regelungsmassnahmen vorsieht, worin diese bestehen³. Dies ist an zahlreichen Stellen im Bundesprivatrecht erfolgt. Verschieden ist jedoch die Detailliertheit der jeweiligen Bestimmungen. Allgemein lässt sich sagen, dass diejenigen Regelungsmassnahmen, die ohne jeden Zusammenhang mit einem weiteren Prozess ergehen, inhaltlich genau konkretisiert sind. So sind z.B. die Eheschutzmassnahmen in Art. 169 ff. ZGB einzeln aufgezählt, wobei aber auch andere, an sich selbständige Regelungsmassnahmen des ZGB, wie etwa der Entzug der Vertretungsbefugnis der Ehefrau (Art. 164) oder die Sicherstellung des Frauengutes (Art. 205 Abs. 2), zum Zwecke des Eheschutzes herangezogen werden können⁴.

Demgegenüber lässt das Gesetz dort, wo der Richter während eines pendenten Prozesses über ein Dauerrechtsverhältnis Regelungsmassnahmen zu erlassen hat, den konkreten Inhalt der Anordnung offen. So bestimmt z.B. Art. 145 ZGB, dass der Richter die "nötigen vorsorglichen Massregeln" zu erlassen hat. Gleichwohl ist der Richter aber nicht frei, beliebige Massnahmen zu treffen. Wie sich aus der überaus reichhaltigen Judikatur ergibt, hat sich seine Entscheidung vielmehr auf die im ZGB vorgesehenen Institute zu stützen. So entscheidet sich z.B. die Frage, ob das Recht zur Obhut über ein Kind auch zur Verwaltung des Kindesvermögens berechtige, nicht nach Zweckmässigkeitsüberlegungen im Einzelfall, sondern in Anwendung von Art. 318 in Verbindung mit Art. 297 ZGB⁵.

1 Vgl. oben S. 39 f.

2 BGE 104 II 179.

3 Huths Vorschlag (S. 37), den Inhalt von Regelungsmassnahmen nach dem Regelungsbedürfnis während des Prozesses zu bestimmen, bietet keine konkrete Hilfe im Einzelfall und ist zudem zu eng. Wie oben S. 92/93 erläutert wurde, sieht das Bundesrecht Regelungsmassnahmen nicht nur während eines Prozesses vor.

4 Vgl. BGE 91 II 417/418.

5 Vgl. ZR 76, 11, der allerdings die noch unrevidierten Artikel des ZGB, d.h. Art. 290 und Art. 274 Abs. 2 zum Gegenstand hatte. Vgl. für weitere Beispiele, wie etwa die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge an die Ehefrau ZR 78, 58; 77, 92.

Ähnlich wie im Falle von Art. 145 ZGB verhält es sich, wenn eine Regelungsmassnahme nach Anhebung der Klage auf Auflösung einer Gesellschaft angeordnet wird, wie dies z.B. in Art. 574 Abs. 3 OR vorgesehen ist. Auch hier sieht das Gesetz keinerlei konkrete Massnahmen vor. In der Rechtsprechung ist aber anerkannt, dass diejenigen Massnahmen getroffen werden müssen, die das materielle Recht für die Gewährleistung des Funktionierens des Gesellschaftsverhältnisses vorsieht. So kann z.B. in analoger Anwendung von Art. 583 Abs. 2 OR nach Einleitung einer Klage auf Auflösung einer Kollektivgesellschaft eine Drittperson zum Verwalter der Gesellschaft unter Ausschluss der beteiligten Gesellschafter ernannt werden⁶.

Abschliessend ist aber hervorzuheben, dass das Problem der Bestimmung des Inhalts einer Regelungsmassnahme erst dann gelöst werden kann, wenn vorgängig darüber entschieden wurde, dass es sich bei einer bestimmten Gesetzesvorschrift tatsächlich um Regelungsmassnahmen und nicht etwa um Sicherungsmassnahmen handelt. Hierüber ist u.a. im nachfolgenden Kapitel die Rede.

6 Vgl. ZR 51, 80 sowie als weiteres Beispiel ZR 58, 69. Bemerkenswert ist sodann auch ZbJV 85 (1949) S. 444 ff., wo eine Regelungsmassnahme zum Schutze des Gesellschaftsvermögens von beiden Streitparteien gemeinsam beantragt wurde.

FÜNFTES KAPITEL

Das geschriebene Bundeszivilrecht mit Bezug
auf vorsorgliche Massnahmen*§ 16 Die Struktur des geschriebenen Bundeszivilrechts mit Bezug
auf vorsorgliche Massnahmen**I. Vorbemerkungen*

Wenn nachfolgend von der Struktur des geschriebenen Bundeszivilrechtes die Rede ist, so soll damit nicht angedeutet sein, dass der Bundesgesetzgeber seine Vorschriften über vorsorgliche Massnahmen nach einem bestimmten Plan erlassen hat. Vielmehr sind die einschlägigen Normen über das ganze Privatrecht verstreut, und entsprechend vielfältig ist auch die jeweilige Terminologie. Eine Struktur lässt sich aber dann erkennen, wenn man der Betrachtung der bundesrechtlichen Normen die dogmatische Unterscheidung von Regelungs- und Sicherungsmassnahmen zugrunde legt¹. Die erste Frage lautet somit immer, ob eine bestimmte Vorschrift den Erlass von Regelungs- oder Sicherungsmassnahmen oder gar beides vorsehe (II. und III.). Lautet die Antwort dahin, dass das ausdrückliche Bundesrecht eine Sicherungsmassnahme zum Gegenstand hat, ist in einem nächsten Schritt zu untersuchen, ob sich daraus Abweichungen zu den früher erläuterten allgemeinen Regeln ergeben (IV.).

Eine Übersicht über die sich aus diesen Überlegungen ergebende Struktur des geschriebenen Bundesrechtes vermittelt das Schema auf Seite 140.

II. Regelungsmassnahme oder Sicherungsmassnahme?
Bedeutung der Unterscheidung

Für die Frage, worin die Unterscheidungsmerkmale bestehen, kann auf das früher Gesagte verwiesen werden². Im vorliegenden Zusammenhang genügt es zu wiederholen, dass Regelungsmassnahmen sowohl in ihren Voraussetzungen als auch bezüglich ihres Inhaltes vom materiellen Bundesrecht regiert werden. Demgegenüber sind Sicherungsmassnahmen formell-rechtlicher Natur und unterstehen weitgehend unge-

¹ Mit den nachfolgend verwendeten Ausdrücken wie "Bundesrecht", "bundesrechtliche Vorschriften", usw. sind jeweils geschriebene Gesetzesvorschriften des Bundeszivilrechtes gemeint, im Gegensatz zu den früher erläuterten ungeschriebenen Vorschriften des Bundesverfahrensrechtes.

² Vgl. oben § 3.

schriebenem Bundesverfahrensrecht. Daraus ergibt sich, dass sich die Frage nach dem Verhältnis von geschriebenen und ungeschriebenen Bundesrechtsnormen grundsätzlich nur im Zusammenhang mit Sicherungsmassnahmen stellt. Ein allfälliger Konflikt kann aber erst dann gelöst werden, wenn vorgängig entschieden wurde, ob der Gegenstand der in Frage stehenden Bundesnorm eine Regelungsmassnahme oder Sicherungsmassnahme ist.

Obwohl im geschriebenen Bundesrecht die Begriffe Regelungs- und Sicherungsmassnahme nicht, oder zumindest nicht im hier verwendeten Sinne gebraucht werden, sind diejenigen Fälle, in denen die Qualifikation zur praktischen Notwendigkeit wird, selten. Dies liegt zunächst daran, dass das Bundesprivatrecht in einer fast unübersehbaren Zahl von Fällen Regelungsmassnahmen vorsieht, die in keinerlei Zusammenhang mit einem pendenten oder bevorstehenden Prozess stehen³. Die materiell-rechtliche Natur dieser Gesetzesbestimmungen steht jeweils ausser Zweifel, so dass ihre Etikettierung als Regelungsmassnahme nichts Neues birgt. Demgegenüber hat der Bundesgesetzgeber in einigen Fällen den Richter ermächtigt, bei pendenten Gestaltungsclagen auf Auflösung von Dauerrechtsverhältnissen generell die nötigen vorsorglichen Massnahmen zu erlassen. Hier stellt sich die Frage, ob damit sowohl Regelungs- wie auch Sicherungsmassnahmen gemeint, und inwiefern in bezug auf Sicherungsmassnahmen Besonderheiten gegenüber den allgemeinen Regeln zu beachten sind.

III. Der Erlass von Regelungs- und Sicherungsmassnahmen gestützt auf die gleiche bundesrechtliche Vorschrift

Ob mit dem Begriff "vorsorgliche Massnahmen" sowohl Regelungs- wie auch Sicherungsmassnahmen umfasst sind, ist jeweils eine Frage der Interpretation der betreffenden bundesrechtlichen Gesetzesbestimmung, die die Möglichkeit vorsorglicher Massnahmen ausdrücklich vorsieht. Diese Auslegungsfrage bietet jedoch keine praktischen Probleme. Es kann heute als unbestritten gelten, dass immer dann, wenn vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Gestaltungsclagen auf Auflösung eines Dauerrechtsverhältnisses vorgesehen sind, sowohl Regelungs- wie auch Sicherungsmassnahmen ergehen können. Die Richtigkeit dieser Aussage wurde bereits am Beispiel von Art. 145 ZGB gezeigt⁴. Sind also Regelungsmassnahmen gestützt auf eine solche Gesetzesvorschrift zu erlassen, so ist bezüglich Voraussetzungen und Inhalt auf das oben Gesagte zu verweisen⁵. Handelt es sich dagegen um Sicherungs-

³ Vgl. statt vieler anderer Art. 169, 464 und 760 ZGB sowie die weiteren Beispiele auf dem Schema unten S. 140.

⁴ Vgl. oben S. 16. Für weitere Beispiele vorsorglicher Massnahmen im Zusammenhang mit Gestaltungsclagen vgl. Art. 574 Abs. 3, Art. 619 Abs. 1 in Verb. 574 Abs. 3, 625 Abs. 2, 643 Abs. 3, 775 Abs. 2, 831 Abs. 2 OR.

⁵ Vgl. oben §§ 12 und 15.

massnahmen, ist zu untersuchen, ob besondere, von den allgemeinen Regeln abweichende, geschriebene oder ungeschriebene Vorschriften zu beachten sind.

1. Das Verhältnis der allgemeinen Regeln zum geschriebenen Bundesrecht im allgemeinen

Der Erlass von Sicherungsmassnahmen wird in den wesentlichsten Punkten von ungeschriebenem Bundesrecht beherrscht. Es kann deshalb kein Zweifel bestehen, dass ausdrückliche und abweichende Bundesvorschriften als *leges speciales* den allgemeinen Grundsätzen vorgehen. Sodann ist aber auch zu untersuchen, ob die ausdrückliche Regelung als abschliessend gedacht ist oder nicht. Ist dies nicht der Fall, gelangen die allgemeinen Regeln ergänzend zur Anwendung, sofern sich nicht aus dem Sinn und Zweck der ausdrücklichen Vorschrift etwas Abweichendes ergibt.

2. Besonderheiten für die Voraussetzungen

Der augenfälligste Unterschied zu den allgemeinen Voraussetzungen zeigt sich bei Sicherungsmassnahmen im Zusammenhang mit Gestaltungsklagen darin, dass jeweils die Möglichkeit der Verwirklichung von Rechten gesichert wird, die erst mit Auflösung des Rechtsverhältnisses fällig oder vollstreckbar werden⁶. Dies widerspricht dem früher erläuterten Erfordernis, dass für den Erlass von Sicherungsmassnahmen durchsetzbare Ansprüche zu behaupten sind⁷. Diese Abweichung ist aber durch die besondere Natur der Gestaltungsklage voll gerechtfertigt und fügt sich zudem in den früher erläuterten Zweck der Sicherungsmassnahmen harmonisch ein. Ist nämlich die Fälligkeit bzw. Durchsetzbarkeit eines Rechtes einer Partei vom Erlass eines Gestaltungsurteils abhängig, ist ihr bis zum Abschluss des Gestaltungsprozesses jegliche aktive Verteidigungsmöglichkeit ihrer (behaupteten) Interessen verwehrt. Würde nun darüber hinaus auch noch der Erlass einer Sicherungsmassnahme verweigert, hätte es die Gegenpartei in der Hand, ungehindert die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zu vereiteln. Der Zwang, eine Gestaltungsklage zu erheben, akzentuiert somit die dem ordentlichen Rechtsschutzverfahren inhärente Gefahr, dass einer Partei die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung infolge der langen Zeitdauer genommen wird.

Eine im Vergleich zu den allgemeinen Voraussetzungen weitere Besonderheit besteht darin, dass für den Erlass von Sicherungsmassnahmen die Gestaltungsklage jeweils hängig sein muss. Hier stellt sich zunächst die Frage, ob damit eine abschlies-

6 So können z.B. gestützt auf Art. 145 ZGB güterrechtliche Ansprüche der Ehegatten gesichert werden, obwohl diese vor Auflösung der Ehe nicht vollstreckbar sind; vgl. im übrigen dazu unten S. 155 ff.

7 Vgl. oben S. 70/71.

sende Regelung getroffen werden sollte. Für Art. 145 ZGB ist dies ohne weiteres zu bejahen⁸. Es wäre mit den moralischen Werten des Institutes der Ehe nicht vereinbar, wenn es einem Ehegatten gestattet wäre, die Möglichkeit der Verwirklichung seiner Rechte nach Auflösung der Ehe zu sichern, bevor sich der Entschluss zur Scheidung in einer Klageerhebung manifestiert hat. Zudem stehen den Ehegatten während der Dauer ihrer Ehe zahlreiche Regelungsmassnahmen zur Verfügung, um ihre Interessen in gegenseitiger Schonung zu wahren⁹.

Bei Klagen auf Auflösung von Handelsgesellschaften ist die Frage, ob die Pendency der Klage Voraussetzung für den Erlass von Sicherungsmassnahmen ist, nicht so eindeutig zu beantworten. Da in diesem Zusammenhang moralisch-ethische Bedenken ausser Betracht fallen, erscheint das Erfordernis einer hängigen Klage m.E. als rein formales Element und sollte deshalb nicht als abschliessende Ordnung betrachtet werden. Sicherungsmassnahmen sind somit sowohl vor wie nach Hängigkeit der Hauptklage in gleicher Weise zulässig, doch muss dem Kläger in Befolgung der allgemeinen Regeln Frist zur Anhebung der Auflösungsklage gesetzt werden.

3. Besonderheiten für den Inhalt

Auch mit Bezug auf die Inhaltsbestimmung ist jeweils durch Auslegung zu ermitteln, ob das geschriebene Bundesrecht Abweichungen zu den allgemeinen Regeln vorsieht. Vor allem im Zusammenhang mit Sicherungsmassnahmen gestützt auf Art. 145 ZGB sind zu diesem Problem Fragen aufgetaucht, die bis heute in der Rechtsprechung umstritten geblieben sind. So herrscht z.B. keine Klarheit darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen gestützt auf Art. 145 ZGB eine Grundbuchsperrung zur Sicherung von güterrechtlichen Ansprüchen angeordnet werden kann. Dieses spezielle Problem ist im nächsten Paragraphen gesondert zu untersuchen¹⁰.

IV. Ausdrückliches Bundesrecht mit Bezug auf Sicherungsmassnahmen

Das geschriebene Bundesrecht enthält zahlreiche Vorschriften, die sich gezielt mit Sicherungsmassnahmen, d.h. mit ihren Voraussetzungen und/oder ihrem Inhalt befassen. Eine umfassende Behandlung all dieser Vorschriften würde zu weit führen. Zur Behandlung gelangen nachfolgend deshalb jene Gesetzesvorschriften, die sich

⁸ Gleicher Ansicht Hasenböhler, S. 10.

⁹ Dabei ist nicht nur an Eheschutzmassnahmen gemäss Art. 169 ff. ZGB zu denken, sondern z.B. auch an Kindesschutzmassnahmen gestützt auf Art. 307 ff. ZGB sowie an Begehren auf Gütertrennung gemäss Art. 183 ff. ZGB.

¹⁰ Vgl. unten S. 155 ff.

zur Illustration der in dieser Arbeit vertretenen Auffassungen besonders gut eigenen oder aber solche, die in der herrschenden Lehre und Rechtsprechung zu besonderen Streitfragen Anlass gegeben haben.

1. Besonderheiten für die Voraussetzungen

a) Art. 282 und 283 ZGB

Die Art. 282 und 283 ZGB regeln u.a. die Hinterlegung bzw. vorläufige Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen durch den im Vaterschaftsprozess Beklagten an das klagende Kind. Ob also ein Kindesverhältnis besteht, das die Unterhaltspflicht des Beklagten begründet, ist im Zeitpunkt der Anordnung noch offen. Es handelt sich deshalb eindeutig um eine Sicherungsmassnahme, die im Hinblick auf die eventuelle spätere Feststellung der Vaterschaft erlassen wird. Bezüglich der Voraussetzungen sind jedoch besondere Vorschriften zu beachten.

Auszugehen ist von der zu schützenden Möglichkeit der Rechtsverwirklichung und dem überwiegenden Interesse, das der Kläger glaubhaft zu machen hat¹¹. Es wurde schon erläutert, dass einerseits die Verzögerung einer Leistung die Möglichkeit der zeitgerechten und damit vollständigen Rechtsverwirklichung ausschliesst. Andererseits wurde aber auch festgestellt, dass vor allem bei positiven Leistungsansprüchen die blossе Verzögerung noch nicht einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil verursacht, solange der Leistungsgegenstand erhalten bleibt und somit später dem Kläger zukommt. In diesen Fällen ist also ein überwiegendes Interesse des Klägers am Erlass einer Sicherungsmassnahme in der Regel abzulehnen¹².

Diese allgemeinen Regeln werden nun durch die Art. 282 und 283 ZGB modifiziert. Diese Gesetzesvorschriften bestimmen nämlich in verbindlicher Weise, wann das klagende Kind ein überwiegendes Interesse am Erlass einer Sicherungsmassnahme hat. Einziges Kriterium hierfür ist der Grad des Nachweises der Vaterschaft des Beklagten; dafür wird im Gegensatz zu den allgemeinen Regeln vom Erfordernis einer tatsächlichen Gefährdung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung durch das Verhalten des Beklagten abgesehen. Demnach ist bei bloss glaubhaft gemachter Vaterschaft lediglich der Leistungsgegenstand durch Hinterlegung zu erhalten (Art. 282 ZGB). Ist jedoch die Vaterschaft zu vermuten, stellt schon die Verzögerung der Unterhaltszahlungen einen genügenden Nachweis für ein überwiegendes Interesse an einer Sicherungsmassnahme dar. Daraus folgt, dass eine vorläufige Zahlung angeordnet werden kann, denn nur so lassen sich die nachteiligen Folgen einer Leistungsverzögerung verhindern (Art. 283 ZGB).

Diese besonderen Vorschriften gehen selbstverständlich den allgemeinen Regeln vor.

¹¹ Vgl. oben S. 71 ff.

¹² Vgl. für eine ausführliche Begründung oben S. 74/75.

b) Die Sicherungsmassnahmen des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts

Die Spezialgesetze über Immaterialgüterrechte und unlauteren Wettbewerb enthalten für den Erlass von Sicherungsmassnahmen zum Teil sehr einlässliche, zum Teil aber auch nur sehr rudimentäre Vorschriften¹³. Geschlossenheit und Umfang des Immaterialgüterrechtes als spezielles Rechtsgebiet macht es notwendig, das Verhältnis zu den allgemeinen Regeln über Sicherungsmassnahmen in einem separaten Abschnitt darzustellen¹⁴.

2. Besonderheiten für den Inhalt

Diejenigen Bundesvorschriften, die die Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen ausdrücklich regeln, enthalten oft auch Angaben über den möglichen Inhalt solcher Anordnungen. Andererseits sind aber auch Gesetzesnormen zu beachten, die ausschliesslich für die Inhaltsbestimmung der Sicherungsmassnahmen von Bedeutung sind.

a) Art. 282 und 283 ZGB

Diese Artikel bestimmen, dass Unterhaltsbeiträge entweder zu hinterlegen (Art. 282) oder vorläufig zu bezahlen (Art. 283) sind. Es handelt sich somit um Vorschriften für die inhaltliche Ausgestaltung der Sicherungsmassnahme.

Genau betrachtet, ist aber die Anordnung von vorläufigen Unterhaltszahlungen keine Besonderheit, die von den allgemeinen Regeln für die Inhaltsbestimmung der Sicherungsmassnahmen abweicht. Vielmehr kommt damit zum Ausdruck, dass die blossе Verzögerung der Rechtsverwirklichung das Interesse an der Sicherungsmassnahme begründet. Eine Verzögerung kann aber naturgemäss nur dadurch verhindert werden, dass die sofortige Leistung veranlasst wird, obwohl damit noch keine Erfüllung des behaupteten materiellen Anspruches stattfindet¹⁵. Das Besondere an Art. 283 ZGB liegt also nicht im Inhalt der Sicherungsmassnahme, sondern in der schon erläuterten Formulierung der Voraussetzungen.

13 Einlässliche Regelungen enthalten Art. 77 ff. PatG, Art. 52/53 URG, Art. 9 ff. UWG. Lediglich rudimentäre Vorschriften finden sich in Art. 28 MMG und 31 MSchG.

14 Vgl. unten S. 159 ff.

15 Vgl. dazu oben S. 101/102.

b) Art. 565 Abs. 2 OR

Ein weiteres Beispiel für eine konkrete Inhaltsangabe für Sicherungsmassnahmen findet sich in Art. 565 Abs. 2 OR. Danach kann einem Kollektivgesellschaftler die Vertretungsbefugnis vorläufig entzogen werden, wenn der Kläger wichtige Gründe hierfür glaubhaft macht und zudem Gefahr in Verzug ist¹⁶. Dass es sich dabei um eine Sicherungsmassnahme handelt, ist nicht zweifelhaft, da die Anordnung im Hinblick auf die spätere endgültige Entziehung der Vertretungsbefugnis ergeht¹⁷. Der behauptete materielle Anspruch des klagenden Gesellschafters geht inhaltlich auf Unterlassung von weiteren Verwaltungshandlungen, die die Kollektivgesellschaft verpflichten würden. Wie schon erläutert, steht aber bei behaupteten Unterlassungsansprüchen die zeitgerechte Verwirklichung im Vordergrund, da bereits eine einmalige Verletzung die Möglichkeit der vollständigen Rechtsverwirklichung ausschliesst¹⁸. Daraus folgt, dass eine Sicherungsmassnahme in ihren inhaltlichen Wirkungen mit dem behaupteten materiellen Anspruch übereinstimmt. Insofern gelangt man auch bei Anwendung der allgemeinen Regeln für die Inhaltsbestimmung zum selben Resultat, wie es in Art. 565 Abs. 2 OR ausdrücklich festgehalten ist.

c) Art. 32 Abs. 2 HRV

Dieser Artikel bestimmt folgendes: "Wird ein privatrechtlicher Einspruch gegen eine noch nicht vollzogene Eintragung erhoben, so hat der Registerführer dem Einsprechenden eine nach dem kantonalen Prozessrecht genügende Frist zur Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung des Richters einzuräumen. Wenn innert dieser Frist der Richter die Eintragung nicht untersagt, so ist sie vorzunehmen, sofern im übrigen ihre Voraussetzungen erfüllt sind."

Die Bedeutung dieser Vorschrift ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten. Ein Teil der Lehre sowie die Rechtsprechung des Bundesgerichtes hält fest, dass Art. 32 Abs. 2 HRV keinen Anspruch auf Erlass vorsorglicher Verfügungen durch die kantonalen Gerichte verleihe. Vielmehr bestimme darüber ausschliesslich das kantonale Zivilprozessrecht. Demnach enthalte Art. 32 Abs. 2 HRV lediglich eine verwaltungsinterne Anweisung an den Registerführer, wie er sich in Fällen von Einsprachen gegen noch nicht vollzogene Eintragungen zu verhalten hat¹⁹. Diese Ansicht hat zur Folge, dass z.B. die Gerichte des Kantons Thurgau konsequent ablehnen,

16 Analoge Bestimmungen enthalten die Art. 603 für die Kommanditgesellschaft, Art. 767 Abs.1 für die Kommandit-Aktiengesellschaft und Art. 814 Abs. 2 OR für die GmbH.

17 Art. 565 Abs. 1 OR. Vgl. auch Siegwart, N 5 zu Art. 565 OR, wonach das endgültige Urteil keine konstitutive, sondern nur deklaratorische Wirkung hat.

18 Vgl. oben S. 101/102.

19 Vgl. Steiner, S. 14/15, der zudem auch festhält, dass der Bundesrat gar keine Kompetenz hätte, in einer Verordnung einen Anspruch auf Erlass vorsorglicher Verfügungen zu statuieren. Vgl. auch BGE 97 II 185; 97 II 481.

Eintragungen ins Handelsregister zu verbieten. Zur Begründung wird angeführt, dass die ZPO des Kantons Thurgau die Anordnung solcher Verbote nicht vorsehe²⁰.

Andererseits wird die Ansicht vertreten, Art. 32 Abs. 2 HRV mache es den Kantonen zur Pflicht, vorsorgliche Verfügungen zu erlassen, sofern ein genügendes Rechtsschutzinteresse glaubhaft gemacht ist²¹.

Zunächst ist festzuhalten, dass sich Art. 32 Abs. 2 HRV grundsätzlich mit Sicherungsmassnahmen und nicht etwa mit Regelungsmassnahmen befasst. Ein Eintragsverbot ergeht jeweils im Hinblick auf die spätere, endgültige Erledigung der Streitfrage, ob eine bestimmte Eintragung die Rechte Dritter verletzt²². Nach den in dieser Arbeit vertretenen Ansichten über das Institut der Sicherungsmassnahmen muss die Kontroverse, ob Art. 32 Abs. 2 HRV einen bundesrechtlichen Anspruch auf Sicherungsmassnahmen erbeuge, oder ob das kantonale ZPR frei darüber befinden könne, als obsolet bezeichnet werden. Es wurde einlässlich begründet, dass die kantonalen Gerichte, unter Voraussetzungen, die sich aus dem ungeschriebenen Verfahrensrecht des Bundes ergeben, verpflichtet sind, Sicherungsmassnahmen zu erlassen²³. Damit kann sich nur noch fragen, ob Art. 32 Abs. 2 HRV von den allgemeinen Regeln abweichende Vorschriften für den Erlass von Sicherungsmassnahmen enthält. Dies ist zunächst für die Voraussetzungen zum Erlass zu verneinen; der HRV sind bei noch so grosszügiger Interpretation keinerlei Bestimmungen zu entnehmen, die als *leges speciales* den allgemeinen Regeln vorgehen würden. Es ist somit weiter zu untersuchen, ob Art. 32 Abs. 2 HRV die Inhaltsbestimmung für Sicherungsmassnahmen berührt. In Vorwegnahme des Untersuchungsergebnisses kann gesagt werden, dass dies zutrifft. Zwei Aspekte sind dabei zu beachten. Einerseits bestimmt Art. 32 Abs. 2 HRV, wie sich der Handelsregisterführer im Falle einer noch nicht vollzogenen Eintragung gegenüber einem Einsprecher zu verhalten hat: Der Registerführer hat diesem eine nach kantonalem Prozessrecht genügende Frist zur Erwirkung einer Sicherungsmassnahme anzusetzen und mit dem Eintrag bis zum Ablauf dieser Frist bzw. bis zum Abschluss des Massnahmeverfahrens zuzuwarten. Andererseits ergibt sich aus Art. 32 Abs. 2 HRV auch, dass der Handelsregisterführer ein vom Richter ausgesprochenes Eintragsverbot zu beachten hat. Dieser zweite Aspekt ist keineswegs selbstverständlich. Dies zeigt sich am besten, wenn einmal unterstellt wird, Art. 32 Abs. 2 HRV existiere nicht. Der Registerführer muss nämlich nach Ausübung seiner beschränkten Kognitionspflicht (Art. 21 HRV) Eintragungen bedingungslos vornehmen, und er hat insbesondere nicht zu prüfen, ob dadurch allfällige Rechte Dritter verletzt werden. Würde daraufhin die Eintragung durch Erlass einer Sicherungsmassnahme von einem kantonalen Richter verboten, ohne dass dies auf eine Grundlage wie Art. 32 Abs. 2 HRV abgestützt werden könnte, müsste man sich ernst-

20 Vgl. SJZ 53 (1957) S. 44 f.; 67 (1971) S. 329 f. Von Steiger, HRV, S. 122, bezeichnet die Praxis des Kantons Thurgau als eine bedauerliche Konsequenz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

21 Vgl. Schneider, S. 144, sowie der bei von Steiger, AG, S. 208, zit. Entscheid des bernischen Appellationshofes vom 28. Juni 1938.

22 Dieser Schluss ergibt sich aus dem Abs. 1 des Art. 32 HRV.

23 Vgl. für eine einlässliche Begründung oben § 9.

lich fragen, ob der Registerführer sich einen solchen Eingriff der Justiz in seine Tätigkeit als Verwaltungsbeamter gefallen lassen müsste. Der Registerführer könnte nicht ohne Recht behaupten, dass er nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung an die Vorschriften der HRV gebunden sei, und dass überdies mit dem Erlass einer Sicherungsmassnahme in keiner Weise festgestellt werde, ob die verlangte Eintragung tatsächlich widerrechtlich sei. Solche Streitfragen hat der Bundesrat mit dem Erlass von Art. 32 Abs. 2 HRV aus dem Wege geräumt. Der Registerführer ist verpflichtet, ein richterliches Verbot zu beachten.

Die Bedeutung von Art. 32 Abs. 2 HRV wird vollends klar, wenn man sich vor Augen hält, dass sich eine Sicherungsmassnahme, für deren Erlangung Frist anzusetzen ist, nicht unmittelbar gegen den Registerführer richtet. Gegenpartei ist vielmehr der Beklagte, der den Registereintrag verlangt hat. Der Kläger behauptet somit mit seinem Antrag auf Erlass einer Sicherungsmassnahme regelmässig, dass ein von ihm behaupteter materieller Anspruch selbst nach seiner rechtskräftigen Feststellung nicht mehr verwirklicht werden könne, wenn der Handelsregistereintrag vollzogen wird. Das die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung gefährdende Verhalten des Beklagten besteht also darin, dass er den Handelsregisterführer zum Eintrag der angemeldeten Tatsachen veranlasst und damit den Kläger vor vollendete Tatsachen stellt. Dieses Verhalten ist dem Beklagten zunächst zu verbieten. Zur wirksamen Durchsetzung dieses Verbotes bietet sich eine entsprechende Anweisung an den Registerführer, einen Eintrag nicht zu vollziehen, geradezu an und kann gestützt auf Art. 32 Abs. 2 HRV auch angeordnet werden. Damit entpuppt sich Art. 32 Abs. 2 HRV als eine im geschriebenen Bundesrecht vorgesehene Durchsetzungsanordnung²⁴.

Nach diesen Erkenntnissen erweist sich die oben erwähnte Praxis der thurgauischen Gerichte als schlichte Rechtsverweigerung, denn das kantonale Zivilprozessrecht darf den von Bundesrechts wegen vorgesehenen Erlass von Sicherungsmassnahmen nicht dadurch vereiteln, dass es den Inhalt der möglichen Anordnungen zum vornherein einschränkt²⁵. Sollte die thurgauische Zivilprozessordnung diesbezüglich zu enge Bestimmungen enthalten, so sind diese bundesrechtswidrig und damit unverbindlich²⁶.

d) Art. 960 und 961 ZGB

Diese Bestimmungen enthalten spezifische Inhaltsvorschriften für Sicherungsmassnahmen im Zusammenhang mit Streitigkeiten um Grundstücke. Daneben sehen aber gewisse kantonale Rechte vor, dass auch eine kantonale Grundbuchsperrung Gegen-

24 Vgl. dazu und zur Inhaltsbestimmung für Sicherungsmassnahmen ganz allgemein oben § 13.

25 Vgl. dazu oben S. 86/87 sowie Reinert, S. 65.

26 Vgl. für eine einflussreiche Untersuchung der Probleme, die sich beim Erlass von Sicherungsmassnahmen im Zusammenhang mit dem Handelsregisterrecht ergeben, die in Erscheinung begriffene Dissertation von Bernhard Cron, Die Verhinderung von Eintragungen im Handelsregister durch vorsorgliche Verfügungen.

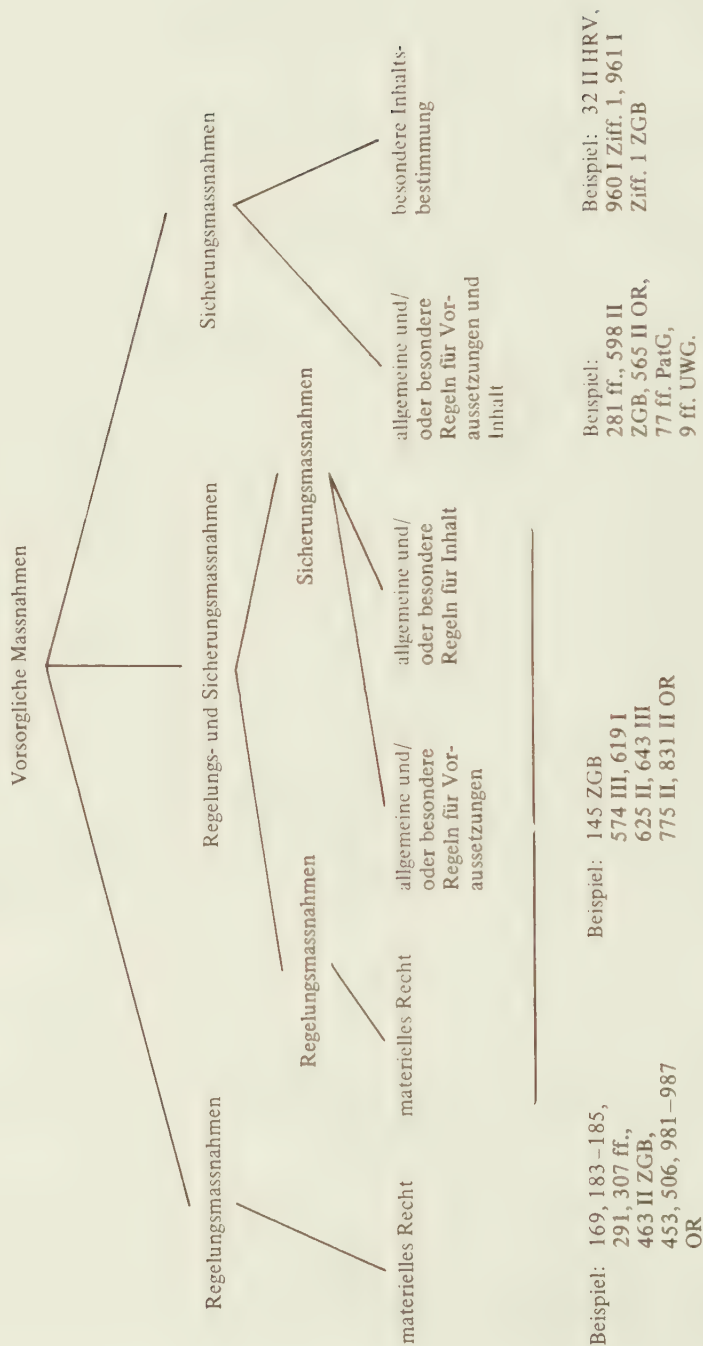
stand einer Sicherungsmassnahme sein kann. Die Untersuchung der Bedeutung der Vorschriften im ZGB einerseits und ihr Verhältnis zu den kantonalen Grundbuchsperren andererseits erfordert mehr Raum und wird deshalb gesondert dargestellt²⁷.

e) Die Sicherungsmassnahmen des Immaterialgüter-
und Wettbewerbsrechts

(Vgl. unten S. 159 ff.)

27 Vgl. unten S. 159 ff.

Struktur des geschriebenen Bundesrechts mit Bezug auf vorsortliche Massnahmen



§ 17 Ausgewählte Einzelfragen¹

I. Sicherungsmassnahmen und Grundbuchrecht

1. Vorbemerkungen

Der Bestand dinglicher Rechte an Grundstücken ist in der Regel von einem Eintrag ins Grundbuch abhängig, und deren Änderung erfordert eine entsprechende grundbuchliche Verfügung². Wie erläutert, hängt der Inhalt der Sicherungsmassnahmen zu einem wesentlichen Teil von den Handlungsmitteln ab, die der Beklagte zur Verletzung der ihm auferlegten Verhaltenspflichten benutzen kann; durch die anzuordnenden Durchsetzungsmassnahmen sind dem Beklagten diese Handlungsmittel allenfalls zu entziehen. Ist nun die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung für den Kläger dadurch gefährdet, dass der Beklagte über ein Grundstück verfügt, so stellt sich das Grundbuch, bzw. der Grundbuchführer, der die Einträge vorzunehmen hat, als das eigentliche Handlungsmittel heraus. Als Durchsetzungsmassnahme bietet sich somit eine Anweisung an den Grundbuchführer geradezu an. Dabei stellt sich aber die Frage, inwiefern diesem Vorgehen durch das eidgenössische Grundbuchrecht Schranken auferlegt werden. Das ZGB sieht nämlich als besondere Sicherungsmittel die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen (Art. 960) und vorläufige Eintragungen (Art. 961) ausdrücklich vor, so dass nach dem Verhältnis zwischen diesen und den allgemeinen, für die Sicherungsmassnahmen geltenden Grundsätzen zu fragen ist.

Eine umfassende Behandlung der mit dem Grundbuch verbundenen Besonderheiten würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen³. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich deshalb in Übereinstimmung mit der bisherigen Behandlung der Sicherungsmassnahmen auf Vormerkungen im Grundbuch, die durch richterliche Anordnung veranlasst werden und denen behauptete obligatorische oder dingliche Ansprüche zugrunde liegen, mithin auf die Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 und 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (2. und 3.). Schliesslich soll die sog. Kanzlei- oder Grundbuchsperr, deren Zulässigkeit bis heute umstritten geblieben ist, näher untersucht werden (4.).

1 Zur systematischen Einordnung der hier behandelten Einzelfragen in die Struktur des geschriebenen Bundeszivilrechtes mit Bezug auf vorsorgliche Massnahmen vgl. oben § 16.

2 Vgl. 971 ZGB und Tuor/Schnyder, S. 512.

3 Vgl. für eine eingehendere Behandlung der verschiedenen Probleme die in diesem Abschnitt zit. Literatur.

2. Die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen zur Sicherung streitiger Ansprüche (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

a) Begriff

Nach übereinstimmender Meinung ist die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung nur dann zulässig, wenn sie zur Sicherung eines obligatorischen Anspruches dient, der ein Grundstück zum Gegenstand hat und sich im Falle seines Bestehens grundbuchlich auswirkt⁴. Durch eine Verfügungsbeschränkung wird allerdings der eingetragene Eigentümer nicht daran gehindert, über sein dingliches Recht zu verfügen⁵. Dagegen muss sich jeder spätere Erwerber von dinglichen Rechten am Grundstück die Vormerkung entgegenhalten lassen und kann sich somit nicht mehr auf seine Gutgläubigkeit berufen⁶. Insofern zeitigt eine Verfügungsbeschränkung eine positive Wirkung, indem sie den behaupteten materiellen Anspruch verstärkt und ihm gewissermassen eine dingliche Komponente hinzufügt⁷.

b) Die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung als Durchsetzungsanordnung

Der überwiegende Teil der Lehre nimmt an, dass Art. 960 ZGB an sich noch keinen Anspruch auf Erlass von Sicherungsmassnahmen verleiht. Vielmehr beschränke sich dieser Artikel darauf, den Rahmen für die grundbuchlich zulässigen Vormerkungen sowie deren Wirkung zu regeln⁸. Die Voraussetzungen zum Erlass einer Verfügungsbeschränkung seien dagegen grundsätzlich Sache des kantonalen Zivilprozessrechtes⁹.

Der erwähnten Lehre ist darin zuzustimmen, dass Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB keine selbständige, im Bundesrecht geregelte Sicherungsmassnahme darstellt. Im Gegensatz zur Vormerkung einer vorläufigen Eintragung erwähnt das Gesetz hier keinerlei Voraussetzungen und nichts deutet darauf hin, dass darin eine Lücke zu erblicken sei¹⁰. Dagegen wurde bereits einlässlich dargelegt, dass es nicht Sache des kantona-

4 Meister, S. 26; Leemann, Vormerkung, S. 31/32; Müller, Grundbuchsperr, S. 106; Hochuli, S. 133; Gschwend, S. 76; BGE 104 II 176.

5 So Leemann, Grundbuchsperr, S. 209; Sträuli, S. 417; Matile, S. 110; Hochuli, S. 133; Leuch, N 4 zu 326, S. 302.

6 Vgl. Art. 960 Abs. 2 ZGB sowie Leemann, Vormerkung, S. 25 und 50/51; Wiederkehr, S. 3 und 8.

7 Meister, S. 130; Sträuli, S. 424; Leemann, Vormerkung, S. 12; Wiederkehr, S. 2; Müller, Grundbuchsperr, S. 33/34.

8 So Matile, S. 110; Leemann, Vormerkung, S. 33; Müller, Grundbuchsperr, S. 106. Meister, S. 29, betrachtet dagegen Art. 960 ZGB als eine eigenständige Sicherungsmassnahme des Bundesrechtes, auf die bezüglich der Voraussetzungen Art. 961 Abs. 2 ZGB anzuwenden sei.

9 Leemann, Grundbuchsperr, S. 209; Leemann, Vormerkung, S. 33; Huth, S. 10; Matile, S. 107/108.

10 Eine solche wäre aber notwendig, um mit Meister einen Analogieschluss zu ziehen (vgl. oben Anm. 8).

len Zivilprozessrechtes sein kann, die Voraussetzungen für den Erlass einer Verfügungsbeschränkung frei zu regeln. Massgebend sind vielmehr die allgemein für den Erlass von Sicherungsmassnahmen geltenden Regeln, die sich aus dem ungeschriebenen Verfahrensrecht des Bundes ergeben¹¹. Deshalb kann auch nicht der Ansicht zugestimmt werden, dass die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung generell zur Sicherung eines noch nicht fälligen Anspruches dienen könne, ganz abgesehen davon, dass der Begriff Anspruch streng genommen die Fälligkeit bereits in sich schliesst¹². Etwas anderes müsste sich aus einer ausdrücklichen Gesetzesnorm ergeben, denn sonst würde eine Sicherungsmassnahme dem Kläger mehr zusprechen, als er auf dem ordentlichen Prozessweg erreichen könnte. Auch der Wortlaut von Art. 960 lässt keinen andern Schluss zu. Aus der Tatsache, dass in Ziff. 1 lediglich von "streitigen Ansprüchen" die Rede ist, ergibt sich nicht, dass die Fälligkeit kein Erfordernis ist¹³.

Nach dem bisher bezüglich der inhaltlichen Ausgestaltung von Sicherungsmassnahmen Ausgeführten sind die Verfügungsbeschränkungen als Durchsetzungsanordnungen zu qualifizieren. Ist nämlich die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung für den Kläger dadurch gefährdet, dass der Beklagte über sein durch das Grundbuch ausgewiesene dingliche Recht verfügt, so ist ihm dies zunächst zu verbieten. Zur Durchsetzung dieses Verbotes wäre an sich auch eine Strafandrohung denkbar. Die Ansicht, wonach dies zum vornherein unwirksam wäre, ist m.E. unzutreffend. Der psychologische Druck, der durch die Möglichkeit einer Überweisung an den Strafrichter auf den Beklagten ausgeübt wird, sollte nicht unterschätzt werden¹⁴. Es trifft aber zu, dass damit keine absolute Gewähr für die Befolgung des Verbotes besteht. Einen Schritt weiter geht deshalb die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung. Allerdings führt auch sie, wie erwähnt, nicht zu einer Verunmöglichung der Verfügung, d.h. zum eigentlichen Entzug der Handlungsmittel des Beklagten. Sie ist jedoch kraft ausdrücklichen Bundesrechts mit besonderer Wirkung ausgestattet und setzt damit indirekt das angeordnete Verbot durch. Diese zusätzliche positive Wirkung der Verfügungsbeschränkung, d.h. die Verstärkung eines obligatorischen Anspruches mit einer dinglichen Komponente, die die rechtlichen Interessen eines unbeteiligten Dritten unmittelbar berührt, wäre aber nach den allgemeinen Regeln für die Anordnung einer Durchsetzungsmassnahme nicht zulässig. Denn dadurch erhält der Kläger infolge der Anordnung einer Sicherungsmassnahme gewissermassen ein Nebenrecht, das er kraft seines obligatorischen Anspruches nicht hätte. Hat z.B. der klägerische Anspruch eine bewegliche Sache zum Gegenstand, und verkauft der Beklagte diese trotz angedrohter Ungehorsamsstrafe, so wäre der gutgläubige Erwerber zu schützen. Die Tatsache, dass bei Verfügungsbeschränkungen gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1

11 Vgl. oben § 9 und 10.

12 Die Sicherung noch nicht fälliger Ansprüche wollen zulassen Leemann, Vormerkung, S. 32 und 75; Müller, Grundbuchsperr, S. 105; Meister, S. 36 und 88.

Letzterer widerspricht sich allerdings selbst, wenn er andererseits eine Verfügungsbeschränkung im Rahmen einer Feststellungsklage nicht zulassen will (S. 90/91).

13 Vgl. für Ausnahmen von diesem Grundsatz oben S. 132/133.

14 A.A. Meister, S. 172.

ZGB jede Drittperson vom gutgläubigen Erwerb dinglicher Rechte ausgeschlossen wird, ist eine Besonderheit, die im Rahmen von Sicherungsmassnahmen nur dank und kraft ausdrücklichem Bundesrecht zulässig ist¹⁵. Es bleibt aber festzuhalten, dass trotz dieser Drittwirkung eine Verfügungsbeschränkung über die zwischen dem Kläger und dem Beklagten umstrittene materielle Rechtslage nichts aussagt¹⁶. Diese bleibt vielmehr, wie bei allen Sicherungsmassnahmen, offen und die Verfügungsbeschränkung entfaltet ihre besondere Wirkung zugunsten des Klägers erst, wenn dieser im ordentlichen Prozess obsiegt hat.

3. Die Vormerkung von vorläufigen Eintragungen zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

a) Begriff

Im Gegensatz zu den Verfügungsbeschränkungen gemäss Art. 960 ZGB kann eine vorläufige Eintragung nur dann vorgemerkt werden, wenn ihr ein behaupteter dinglicher Anspruch zugrunde liegt¹⁷. Sie macht den Ansprecher zwar noch nicht zum Verfügungsberechtigten im Sinne von Art. 965 ZGB, doch wird sein behauptetes Recht, falls es sich später tatsächlich als bestehend erweist, auf den Zeitpunkt der vorläufigen Eintragung dinglich wirksam¹⁸. Der beklagte Eigentümer, der z.B. den Eintrag eines Grundpfandes in das Hauptbuch zugunsten des Klägers ablehnt, ist somit durch die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung nicht gehindert, sein Grundstück weiter zu belasten, doch erhält das vorläufige eingetragene Grundpfand nach seiner Feststellung seinen Rang nach Massgabe des im Tagebuch eingetragenen Datums der Anmeldung der vorläufigen Eintragung¹⁹. Daraus folgt auch, dass ein vorläufig eingetragenes dingliches Recht selbst in einem Konkurs des Beklagten Schutz findet, und zwar unabhängig davon, ob im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses eine definitive Eintragung im Hauptbuch schon erfolgt ist oder nicht²⁰.

b) Die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung als Durchsetzungsanordnung

Bezüglich der Natur einer vorläufigen Eintragung im Rahmen des Erlasses von Sicherungsmassnahmen kann auf das im Zusammenhang mit der Vormerkung einer Ver-

15 So auch BGE 104 II 178/179 und Sträuli, S. 424.

16 So auch Meister, S. 130.

17 Vgl. Meister, S. 101; Huth, S. 10; BGE 104 II 181.

18 Art. 961 Abs. 2 und Wiederkehr, S. 10 und 18.

19 Vgl. Wiederkehr, S. 24/25.

20 Vgl. z.B. BGE 83 III 138 ff. sowie Wiederkehr, S. 65.

füguungsbeschränkung Gesagte verwiesen werden. Auch sie dienen der Durchsetzung eines (meist unausgesprochenen) Verbotes an den Beklagten, einem gutgläubigen Dritten Rechte einzuräumen, die dem dinglichen Anspruch des Klägers vorgehen würden; insofern sind auch vorläufige Eintragungen bloss Teilinhalt von Sicherungsmassnahmen. Ebenso sind sie kraft ausdrücklichen Bundesrechts mit besonderer Wirkung ausgestattet, die in Anwendung der allgemeinen Regeln für die inhaltliche Ausgestaltung von Sicherungsmassnahmen nicht erzielbar wäre. Sie besteht darin, dass der Kläger, obwohl er gemäss Grundbucheintrag nicht als dinglich Berechtigter erscheint und der Beklagte deshalb zur Verfügung befugt bleibt, seinen Anspruch durchsetzen kann²¹. Sodann sind die vorläufigen Eintragungen genauso wie die Verfügungsbeschränkungen auf dem Prozessrecht beruhende Anordnungen, die nichts über den Bestand oder Nichtbestand des behaupteten dinglichen Anspruches aussagen²². Lediglich ihre unmittelbar mit dem Erlass erzeugten besonderen Wirkungen bedürfen der ausdrücklichen Grundlage im geschriebenen Bundesrecht. Dennoch unterscheidet sich die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung in wesentlichen Punkten von derjenigen einer Verfügungsbeschränkung, indem Art. 961 Abs. 3 die näheren Voraussetzungen für die Bewilligung einer Vormerkung regelt.

c) Besonderheiten der bundesrechtlichen Regelung

Gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB ist eine vorläufige Eintragung vorzumerken, wenn der Ansprecher seine Berechtigung glaubhaft gemacht hat. Es fällt auf, dass im Gegensatz zu den früher erläuterten Voraussetzungen zum Erlass von Sicherungsmassnahmen weder eine besondere Gefährdung noch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil verlangt wird. Es fragt sich deshalb, ob die Voraussetzungen im ZGB abschliessend geregelt sind oder zusätzlich der Ergänzung durch die allgemeinen Regeln bedürfen. *Wiederkehr* lehnt das Erfordernis einer besonderen Gefährdung als sinnlos ab, weil der Kläger mit der Behauptung eines dinglichen Rechtes am Grundstück auch die Unrichtigkeit des Grundbucheintrages geltend macht. Da nun aber die Einträge im Grundbuch eine spezifische Publizitätswirkung haben, bedeutet ein unrichtiger Eintrag an sich schon die Gefährdung des klägerischen Anspruches²³. Dieser Argumentation ist zuzustimmen, und sie ist auch in bezug auf das Erfordernis eines nicht leicht wiedergutmachbaren Nachteiles anzuwenden. Besteht die Gefahr eines gutgläubigen Rechtserwerbes durch einen Dritten, so ist die Verwirklichung des klägerischen Anspruches zum vornherein ausgeschlossen²⁴.

21 Dies ist deshalb eine Besonderheit, weil einerseits dingliche Rechte erst mit der Eintragung ins Grundbuch zur Entstehung gelangen (Art. 971 ZGB) und andererseits das Vertrauen eines Dritten auf die Einträge im Grundbuch geschützt wird (Art. 973 ZGB).

22 So auch Meister, S. 130; Wiederkehr, S. 18 und 23.

23 Wiederkehr, S. 16.

24 Vgl. auch BGE 102 I a 86, wonach Art. 961 einen Anspruch auf vorsorgliche Massnahmen verleihe, wenn die dortigen Voraussetzungen erfüllt sind.

Dagegen fragt sich, ob der Richter bei der Bewilligung einer Vormerkung dem Kläger eine Sicherheitsleistung auferlegen dürfe²⁵. Wie in früherem Zusammenhang dargetan wurde²⁶, darf die Leistung von Sicherheit nicht zu einer zusätzlichen Voraussetzung für den Erlass von Sicherungsmassnahmen gemacht werden. Sie darf aber gleichwohl dort, wo es für den Ausgleich des Interessenkonfliktes geboten erscheint, auferlegt werden. Ein solcher Interessenkonflikt besteht aber auch bei der Anordnung einer Vormerkung einer vorläufigen Eintragung im Grundbuch; auch hier ist das Risiko nicht auszuschliessen, dass der vom Kläger behauptete Anspruch nicht besteht. Es ist deshalb m.E. zulässig und mit dem Sinn und Zweck des Art. 961 ZGB vereinbar, dass dem Kläger die Leistung von Sicherheit auferlegt wird, obwohl in der Praxis diejenigen Fälle, in denen der Beklagte durch eine vorläufige Eintragung geschädigt wird, selten sein dürften.

Schliesslich bedarf die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes gemäss Art. 22 Abs. 4 GBVO besonderer Erwähnung. Unter den Voraussetzungen der Art. 837 Ziff. 3 und 839 ZGB haben Handwerker oder Unternehmer Anspruch auf die Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechtes bis spätestens drei Monate nach Vollendung ihrer Arbeit. Gemäss neuer Lehre und Rechtsprechung handelt es sich dabei um einen Anspruch realobligatorischer Natur; das Pfandrecht selbst entsteht erst mit der Eintragung im Grundbuch, wofür aber die Anerkennung der Forderung durch den Eigentümer oder ihre gerichtliche Feststellung notwendig ist²⁷. Daraus folgt, dass der obligatorische Anspruch auf das gesetzliche Pfandrecht erst dann entsteht, wenn ein allfälliger Streit um die Handwerkerforderung erledigt ist. Demgegenüber kann gemäss Art. 22 Abs. 4 GBVO eine vorläufige Eintragung gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 stattfinden, wenn sich Gläubiger und Schuldner noch nicht über die Pfandsomme geeinigt haben. Daraus ergibt sich eine wesentliche Abweichung von den bisher erläuterten Regeln für den Erlass von Sicherungsmassnahmen. Ist nämlich der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes mangels Einigung über die Pfandsomme noch nicht durchsetzbar, so könnte nach den allgemeinen Regeln auch keine Sicherungsmassnahme erlassen werden²⁸. Dass eine solche Konsequenz angesichts der dreimonatigen Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB zu höchst unbilligen Resultaten führen würde, liegt auf der Hand. Andererseits lässt sich aber auch nicht übersehen, dass mit der Zulassung einer Vormerkung gestützt auf Art. 961 ZGB einem Bauhandwerker einstweilen mehr zugesprochen wird, als er unmittelbar gestützt auf die materiellen Rechtsnormen für sich beanspruchen kann. Diese Lösung, der im übrigen zuzustimmen ist, ist aber nur deshalb möglich, weil sie sich auf eine ausdrückliche Bestimmung im Bundesrecht stützen kann. Eine weitere Besonderheit ist sodann darin zu erblicken, dass der Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechtes zwar Ausfluss eines obligatorischen Anspruches des Klägers ist, andererseits aber eine vorläufige Eintragung gemäss Gesetzeswortlaut nur zur Siche-

25 Dies wird von Meister, S. 119, verneint.

26 Vgl. oben S. 84 ff.

27 Vgl. BGE 92 II 227; Tuor/Schnyder, S. 595; Wiederkehr, S. 38.

28 Vgl. oben S. 70/71.

rung von dinglichen Ansprüchen erfolgen darf. Hieraus wurde gefolgert²⁹, dass es sich im Grunde genommen bei der Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechtes nicht um eine vorläufige Eintragung, sondern um eine Verfügungsbeschränkung im Sinne von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB handle. Diese Ansicht ist schon deshalb abzulehnen, weil sie dem unmissverständlichen Wortlaut von Art. 22 Abs. 4 GBVO zuwiderläuft. Andererseits wird die Meinung vertreten³⁰, dass die GBVO eine in Art. 961 ZGB enthaltene Lücke praeter legem ausfüllt. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, und es kann ihr m.E. auch nicht entgegengehalten werden, der Verordnungs-gesetzgeber habe seine in der Delegationsnorm des Art. 949 Abs. 1 ZGB enthaltene Kompetenz überschritten. Angesichts der Besonderheit des Bauhandwerkerpfandrechtes als gesetzlichem Pfandrecht erscheint die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung als die richtige Lösung³¹.

4. Die sog. Grundbuchsperr

a) Begriff

Zusätzlich zur Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung oder vorläufigen Eintragung sehen verschiedene Kantone die Möglichkeit vor, durch richterliche Anordnung das Grundbuch für den Berechtigten zu sperren (sog. Grundbuch- oder Kanzleisperr)³². Was im einzelnen begrifflich unter einer Grundbuchsperr zu verstehen ist, wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet. Einigkeit herrscht darüber, dass die Grundbuchsperr zunächst eine direkt an den Grundbuchverwalter gerichtete Anweisung ist. Unklar ist aber, worin diese Anweisung besteht, bzw. was der Grundbuchverwalter zu tun hat. Der überwiegende Teil der Meinungen geht dahin, dass eine Grundbuchsperr die Vornahme von Eintragungen auf dem Hauptblatt verhindern³³. Ob dagegen bereits eine Anmeldung abzuweisen sei oder diese vielmehr anzunehmen, ins Tagebuch einzuschreiben und sodann ihre Übertragung ins Hauptbuch zu suspendieren sei, wird nur zum Teil beantwortet. Für eine Annahme mit anschliessender Suspendierung wird angeführt, dass dadurch die Anmeldung wenigstens die zeitliche Priorität gemäss dem Anmeldedatum erhält, was im Falle des Ob-siegens des Beklagten von Bedeutung sein kann³⁴. Für einen gänzlichen Ausschluss

29 Vgl. Meister, S. 98/99.

30 Wiederkehr, S. 38.

31 Vgl. auch BGE 86 I 270, wonach das gesetzliche Bauhandwerkerpfandrecht insofern eine besondere Behandlung erfährt, als seine vorläufige Eintragung nur dann verweigert werden darf, wenn der Bestand des Pfandrechtes ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist.

32 Vgl. für Zürich § 29 der Verordnung des Obergerichtes über die Geschäftsführung der Grundbuchämter und die Einführung des eidgenössischen Grundbuches (Kantonale Grundbuchverordnung) vom 26. März 1958 sowie § 223 Ziff. 2 ZPO.

33 So Leemann, Vormerkung, S. 52; Müller, Grundbuchsperr, S. 36; Sträuli, S. 417; Riemer, S. 66; BGE 103 II 4; 91 II 418/419; ZR 69, 135; 49, 192.

34 Vgl. Sträuli, S. 419; Müller, Grundbuchsperr, S. 61/62.

einer Anmeldung wird vorgebracht, dass der Grundbuchverwalter nach einmal erfolgter Annahme gemäss dem eidgenössischen Grundbuchrecht gezwungen sei, eine Übertragung ins Hauptbuch vorzunehmen. Darüber hinaus bedeute die Anmeldung durch den eingetragenen Eigentümer als solche die Verfügung über das dingliche Recht, die nicht mehr rückgängig gemacht werden könne³⁵. Wie diese Kontroverse zu entscheiden ist, wird im Zusammenhang mit der Frage nach der Zulässigkeit der Grundbuchsperrung zu behandeln sein³⁶. Die unmittelbaren Wirkungen der Grundbuchsperrung sind jedoch klar. Sie schliessen jede Möglichkeit der grundbuchlichen Verfügung im Umfange des Verbotes aus und können deshalb als ein der Beschlagnahme beweglicher Sachen analoges Institut bezeichnet werden³⁷.

b) Die Grundbuchsperrung als Durchsetzungsanordnung

Auch die Grundbuchsperrung ist ihrer Natur nach eine Durchsetzungsanordnung und damit Teilinhalt einer Sicherungsmassnahme. Das durch sie durchzusetzende Verhalten des Beklagten besteht in der gänzlichen Unterlassung jeglicher Verfügung über seine dinglichen Rechte am Grundstück. Als "Besonderheit" erscheint lediglich, dass die Durchsetzungsanordnung in einer Anweisung an einen Dritten, hier den Grundbuchverwalter, besteht³⁸.

Im übrigen fügt sich die Grundbuchsperrung ohne weiteres in das bisher erläuterte System der Sicherungsmassnahmen ein. Sie ist ihrer Natur nach eine prozessuale Anordnung und besagt nichts über die zwischen dem Kläger und dem Beklagten streitige Rechtslage³⁹. Sodann bewirkt eine Grundbuchsperrung, im Gegensatz zur Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung oder vorläufigen Eintragung, keine unmittelbare Verstärkung des behaupteten materiellen Anspruches des Klägers⁴⁰. Daraus folgt, dass im Falle eines Konkurses des Beklagten dem Kläger kein Aussonderungsrecht zusteht.

Eine vollständige Sperrung des Grundbuches ist dem geschriebenen Bundesrecht grundsätzlich unbekannt⁴¹. Es fragt sich deshalb, ob eine Grundbuchsperrung neben

35 Als zwingend betrachten die Übertragung einer Anmeldung ins Hauptbuch Hochuli, S. 138; Meister, S. 126 und 131. Die Natur der Anmeldung als Verfügungsgeschäft betont Riemer, S. 66.

36 Vgl. unten c).

37 So Sträuli, S. 424; Meister, S. 127.

38 Vgl. allgemein zu solchen Durchsetzungsanordnungen oben S. 108 ff. Unhaltbar ist Meisters Ansicht (S. 127 und 130), wonach die Grundbuchsperrung nicht zugunsten einer Partei ergehe und keine Verfügungsbeschränkung enthalte. Richtig ist nur, dass die Grundbuchsperrung als solche nicht ein an den Beklagten gerichtetes Verbot ist, sondern lediglich ein solches durchsetzt.

39 So auch Meister, S. 130. Zu weit geht BGE 87 I 489, wonach der Erlass einer Grundbuchsperrung die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten gestalte. Vgl. neuerdings BGE 103 II 5, wo ausdrücklich festgehalten wird, dass Grundbuchsperrungen keine materiellen Rechte zuerkennen.

40 Vgl. Sträuli, S. 424 Anm. 33; Hochuli, S. 140; BGE 104 II 179.

41 Vgl. für Anordnungen gestützt auf geschriebenes Bundesrecht, die der Sache nach einer Grundbuchsperrung gleichkommen, Riemer, S. 67.

den ausdrücklich vorgesehenen Vormerkungen von Verfügungsbeschränkungen und vorläufigen Eintragungen Platz hat.

c) Zur Frage der Zulässigkeit der Grundbuchsperr

Die Frage der Zulässigkeit der Grundbuchsperr wird seit Jahrzehnten in der schweizerischen Lehre lebhaft diskutiert, ohne dass eine allgemein anerkannte und vom Bundesgericht sanktionierte Lösung gefunden werden konnte. Im folgenden geht es nicht darum, die verschiedenen Stellungnahmen zum Problem im einzelnen darzustellen⁴². Vielmehr soll versucht werden, in Anwendung der früher entwickelten Regeln für die inhaltliche Ausgestaltung der Sicherungsmassnahmen zu einer neuen und dogmatisch befriedigenden Lösung zu gelangen⁴³. Dabei wird auf die wichtigsten Argumente für und gegen die Zulässigkeit der Grundbuchsperr einzutreten sein.

Zunächst ist festzuhalten, dass es nach dem bisher Gesagten nicht um die Frage geht, ob die Kantone bezüglich der Zulassung einer Grundbuchsperr frei seien oder nicht. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Sicherungsmassnahme ergeben sich aus dem ungeschriebenen Verfahrensrecht des Bundes; sind diese erfüllt, muss eine entsprechende Massnahme angeordnet werden. Daraus folgt, dass die Sicherungsmassnahme auch inhaltlich auf Bundesrecht beruhen; die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung *muss* wirksam geschützt werden, wobei die sich aus dem Zweck der Sicherungsmassnahmen, dem Prinzip der Verhältnismässigkeit und allfällig ausdrücklichem Bundesrecht ergebenden Schranken zu beachten sind⁴⁴.

In der bisherigen Diskussion um die Grundbuchsperr wurde dem Umstand zu wenig Beachtung geschenkt, dass die Frage, welche Durchsetzungsanordnung – Verfügungsbeschränkung, vorläufige Eintragung oder Grundbuchsperr – anzuordnen sei, zunächst vom anzuordnenden Gebot oder Verbot abhängt. Dieses ist seinerseits eine Funktion der abzuwendenden Gefahr. Ein Vergleich der Grundbuchsperr mit den im ZGB ausdrücklich vorgesehenen Durchsetzungsanordnungen ist deshalb nur dann sinnvoll, wenn die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung jeweils durch die gleiche Gefahr bedroht wird. Diese besteht, wie oben ausgeführt, darin, dass der Beklagte einem Dritten dingliche Rechte einräumt, die dem Anspruch des Klägers vorgehen und damit die Verwirklichung ausschliessen würden. Gemäss den Regeln für die inhaltliche Ausgestaltung ist dem Beklagten also zunächst zu gebieten, eine solche Handlung zu unterlassen, wobei aber die durch den behaupteten materiellen Anspruch gesetzten Grenzen zu beachten sind. Behauptet der Kläger z.B. einen An-

42 Für eine Zusammenstellung der verschiedenen Lehrmeinungen, vgl. Sträuli, S. 417–419, sowie Riemer, S. 74 f., insbes. Anm. 51–53. Eine Übersicht über die verschiedenen Kantone, die Grundbuchsperrn ausdrücklich zulassen, findet sich bei Riemer, S. 68 Anm. 16.

43 Zu den allgemeinen Regeln vgl. oben § 13.

44 A.A. Sträuli, S. 423, der die inhaltliche Ausgestaltung von Sicherungsmassnahmen den Kantonen überlassen will.

spruch auf Errichtung eines Grundpfandes, so wäre es nicht zulässig, dem Beklagten jegliche Verfügung über sein Grundstück zu verbieten. Ein solches Verbot ginge in seiner Wirkung über das hinaus, was der Kläger selbst bei sofortiger Erfüllung seines Anspruches erreichen könnte⁴⁵. Damit stellt sich aber die Frage einer allfälligen Grundbuchsperrung gar nicht. Diese schliesst nämlich begrifflich jegliche Verfügung über ein Grundstück aus, womit sie sich zum vornherein als unverhältnismässig erweist. Beansprucht der Kläger dagegen das Eigentum an einem Grundstück, sei es, weil der Beklagte zu Unrecht im Grundbuch eingetragen sei (dinglicher Anspruch), sei es, weil der Beklagte das Grundstück dem Kläger verkauft habe (obligatorischer Anspruch), so kann grundsätzlich jede Änderung der dinglichen Rechtsverhältnisse durch eine Sicherungsmassnahme verboten werden.

Als nächster Schritt ist sodann, die richtige Durchsetzungsanordnung zu bestimmen. Anknüpfungspunkt ist das Handlungsmittel des Beklagten, welches bei Verfügungen über Grundstücke naturgemäss das Grundbuch ist. Damit tritt die Anordnung einer Grundbuchsperrung mit derjenigen einer Vormerkung in Konkurrenz. Bevor nun aber gemäss den allgemeinen Regeln für die Auswahl einer Durchsetzungsanordnung verfahren werden kann, d.h. allfällige, durch den behaupteten materiellen Anspruch gesetzte Schranken sowie das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu untersuchen sind, sind vorerst zwei grundsätzliche Fragen zu beantworten, die je nachdem die Anordnung einer Grundbuchsperrung zum vornherein ausschliessen:

1. Das Grundbuch ist eine Einrichtung des eidgenössischen Rechtes und wird durch dieses genau geregelt. Wenn somit der Beklagte an einer grundbuchlichen Verfügung gehindert werden soll, so ist zunächst zu untersuchen, ob dies allenfalls mit dem Grundbuchrecht vereinbar ist.
2. Um Klarheit über die Wirkungsweise einer Grundbuchsperrung zu haben, muss feststehen, worin eine grundbuchliche Verfügung über dingliche Rechte überhaupt besteht, d.h. wann die Verfügungshandlung als abgeschlossen zu gelten hat, so dass eine Rückgängigmachung nicht mehr möglich ist.

Bezüglich der zweiten Frage besteht eine klare Praxis des Bundesgerichts, die allerdings in der Lehre nicht unbestritten geblieben ist. Danach besteht die Verfügung über ein dingliches Recht in der *Anmeldung* einer Eintragung. Diese kann allerdings solange zurückgezogen werden, als eine Übertragung vom Tagebuch ins Hauptbuch noch nicht erfolgt ist⁴⁶.

Für die Beantwortung der ersten Frage ist weiter auszuholen. Mit einer Grundbuchsperrung wird wie erwähnt der *Grundbuchverwalter* angewiesen, keine Eintragungen auf dem Hauptblatt mehr vorzunehmen. Es kann sich deshalb fragen, ob der Grundbuchverwalter diese richterliche Anordnung zu beachten hat, wenn der Beklagte trotz der erlassenen Sicherungsmassnahme eine Anmeldung einreicht. Zunächst ist davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber das Grundbuchrecht um-

⁴⁵ Vgl. als Beispiel ZR 33, 7.

⁴⁶ So z.B. BGE 87 I 479. Kritisch zu dieser Praxis Liver, S. 450. A.A. Meister, S. 5 Anm. 14, der eine einmal erfolgte Anmeldung als nicht mehr zurückziehbar betrachtet.

fassend und abschliessend geregelt hat; für die im Grundbuch zum Ausdruck zu kommenden sachenrechtlichen Institute herrscht ein *numerus clausus*⁴⁷. Daraus folgt m.E., dass selbst im Falle grundsätzlicher Zulässigkeit einer Grundbuchsperre eine Anmerkung derselben in technischem Sinne nicht zulässig ist, weil hierfür weder im ZGB noch in der GBVO eine Grundlage besteht⁴⁸. Eine Anmerkung kann auch nicht auf Art. 962 ZGB gestützt werden, weil es sich bei einer Sicherungsmassnahme zum vornherein nicht um eine kantonale öffentlich-rechtliche Beschränkung handelt. Das in dieser Norm erwähnte Beispiel der "Baulinien und dergleichen" zeigt sodann deutlich, dass damit nicht rein prozessuale und zudem zeitlich beschränkte Anordnungen, wie sie die Sicherungsmassnahmen verkörpern, gemeint sein können⁴⁹. Die Anmerkung einer Grundbuchsperre im Grundbuch ist denn auch gar nicht nötig. Es genügt, wenn der Grundbuchverwalter die richterliche Anordnung kennt, diese allenfalls ins Tagebuch einschreibt und Dritten, die Einsicht ins Grundbuch nehmen, zur Kenntnis bringt.

Gemäss Grundbuchrecht hat der Grundbuchverwalter jede Anmeldung ins Tagebuch einzuschreiben und nach Prüfung der Verfügungsberechtigung sowie des Rechtsgrundes der Verfügung ins Hauptbuch einzutragen (Art. 965 Abs. 1 ZGB und Art. 11–23 GBVO). Der Ausweis über das Verfügungsrecht liegt im Nachweis, dass der Gesuchsteller die nach Massgabe des Grundbuches verfügungsberechtigte Person ist (Art. 965 Abs. 2 ZGB). Damit entsteht ein Konflikt zwischen den Normen des Grundbuchrechtes und der richterlichen Anordnung einer Grundbuchsperre. Einerseits ist der Beklagte nach dem Grundbuch eine verfügungsberechtigte Person, andererseits wird ihm trotzdem diese Berechtigung durch die Sicherungsmassnahme abgesprochen. Angesichts der abschliessenden Regelung des Grundbuchrechtes muss der Grundbuchverwalter m.E. die im ZGB ausdrücklich festgehaltenen Vorschriften befolgen⁵⁰. Entgegen BGE 87 I 48 kann der Grundbuchverwalter aus der Anordnung der Grundbuchsperre nicht schliessen, dass der Rechtsgrund für die Verfügung nicht rechtsgenügend sei (Art. 965 Abs. 3 ZGB). Der Rechtsgrund ergibt sich regelmässig aus dem materiellen Recht und gerade über dieses spricht sich die Sicherungsmassnahme bzw. die in ihr enthaltene Grundbuchsperre nicht aus⁵¹. Ist somit eine Grundbuchsperre für den Grundbuchverwalter unter den geschilderten Umständen unbeachtlich, so ist sie auch als Durchsetzungsanordnung unzulässig, weil sie dem Gebot der Geeignetheit widerspricht⁵². Dieses Ergebnis ist nicht etwa unbillig. Es wird vielmehr durch die Tatsache gestützt, dass das Bundesrecht mit der Vormer-

47 So Riemer, S. 79; im gleichen Sinne Meister, S. 138.

48 Die Anmerkung einer Grundbuchsperre schreibt z.B. § 29 der kantonalzürcherischen Grundbuchverordnung vor. Diese Bestimmung wäre nach dem Gesagten bundesrechtswidrig.

49 A.A. Kreisschreiben des zürcherischen Obergerichtes vom 19. November 1969 in ZBGR 51 (1970) S. 250 und 256. Auch wenn Homberger in N 3 zu 962 die Anmerkung jeder Art öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen als zulässig betrachtet, zeigt sein Verweis auf Art. 702 ZGB deutlich, dass damit Sicherungsmassnahmen nicht gemeint sein können. Dieser Artikel betrifft nämlich ausschliesslich Beschränkungen des Grundeigentumes zum allgemeinen Wohl wie z.B. solche mit Bezug auf die Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei.

50 In gleichem Sinne Hochuli, S. 138.

51 Vgl. oben S. 20/21.

52 Vgl. oben S. 116.

kung einer Verfügungsbeschränkung oder einer vorläufigen Eintragung ausdrücklich Mittel zur Verfügung stellt, um den gutgläubigen Rechtserwerb Dritter zu vereiteln. Kraft der besonderen Ausgestaltung dieser beiden Institute wird zudem dem Beklagten die Möglichkeit zu verfügen nicht gänzlich entzogen, sondern dem Kläger lediglich im Falle seines Obsiegens die Priorität gegenüber Dritten eingeräumt. Damit ist aber die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung vollumfänglich geschützt, ohne dass noch stärker in die Interessensphäre des Beklagten eingegriffen werden müsste⁵³. Daraus folgt wiederum, dass die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung bzw. einer vorläufigen Eintragung zur Erreichung des Sicherungszweckes genügt und damit gemäss dem Gebot der Erforderlichkeit der Grundbuchsperrung vorgeht. Die Grundbuchsperrung erscheint somit bei Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in doppelter Hinsicht als unzulässig⁵⁴. Dem wird in der älteren Lehre allerdings entgegengehalten, dass die Grundbuchsperrung gleichwohl einem Bedürfnis entspreche, weil sich bei einer Vormerkung der Kläger nach seinem Obsiegen eventuell noch mit Dritten auseinandersetzen muss. Insofern stelle die Grundbuchsperrung eine Verstärkung gegenüber dem ZGB dar⁵⁵. Nach neuerer und gemäss *Riemer* herrschender Ansicht ist aber eine erneute Auseinandersetzung mit allfälligen Rechtsnachfolgern des Beklagten nicht nötig. Vielmehr haben diese die Änderung des Grundbucheintrages und damit die Erfüllung des klägerischen Anspruches zu dulden und brauchen nicht ins Recht gefasst zu werden⁵⁶.

Den vorangegangenen Erläuterungen lag jeweils eine Situation zugrunde, in der sowohl eine Vormerkung wie auch eine Grundbuchsperrung den angestrebten Zweck grundsätzlich erreichen konnten. Wie verhält es sich aber, wenn eine Sicherungsmassnahme erst *nach einer Anmeldung* durch den Beklagten zu erlassen ist? Wird z.B. die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung angeordnet, so ist diese einer früheren Anmeldung zeitlich nachgeordnet. Der Rechtserwerb des Dritten wird beim Eintrag ins Hauptbuch, der vom Grundbuchverwalter unter den Voraussetzungen von Art. 965 ZGB vorgenommen werden *muss*, auf das im Tagebuch eingeschriebene Datum zurückbezogen (Art. 972 Abs. 2 ZGB). Damit fehlt es aber an einem "späteren" Rechtserwerb gemäss Art. 960 Abs. 2 ZGB und eine vorgemerkte Verfügungsbeschränkung wäre wirkungslos. Damit fragt sich, wie eine in einem solchen Fall zu erlassende Sicherungsmassnahme inhaltlich auszugestalten ist. Für das Auffinden

53 Der Umstand, dass die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung oder vorläufigen Eintragung insofern einen wirksameren Schutz als die Grundbuchsperrung bieten, als sie auch im Konkurs des Beklagten wirksam sind, ist in diesem Zusammenhang irrelevant.

54 Den gleichen Gedanken bringen zum Ausdruck Hochuli, S. 134 ff.; Sträuli/Messmer, N 12 zu 110; Leuch, N 4 zu 326, S. 361; Meister, S. 139. Ein weiteres gewichtiges Argument wird aufgrund der Entstehungsgeschichte von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 vorgebracht. Bei der Beratung dieser Bestimmung im Parlament wurde ausdrücklich abgelehnt, der Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung eine Sperrwirkung beizulegen; vgl. Näheres darüber bei Riemer, S. 79; Meister, S. 136/137; Müller, Grundbuchsperrung, S. 43/44.

55 So Leemann, Vormerkung, S. 55 und 57; Müller, Grundbuchsperrung, S. 53; Stamm, S. 48/49; Leemann, Grundbuchsperrung, S. 210/211, der aber ausdrücklich hervorhebt, dass eine Grundbuchsperrung für die Rechtsverwirklichung an sich nicht nötig wäre.

56 Riemer, S. 76, sowie die dort in Anm. 58 zit. Literatur.

der richtigen Lösung ist wiederum die Sicherungsmassnahme inhaltlich als Ganzes zu sehen. Dem Beklagten ist zunächst zu verbieten, einem Dritten den Erwerb dinglicher Rechte zu ermöglichen, um damit die Verwirklichung des klägerischen Anspruches zu vereiteln. Diesem Verbot könnte der Beklagte nachleben, indem er seine schon erfolgte Anmeldung sogleich zurückzieht, was nach herrschender Rechtsprechung möglich ist⁵⁷. Als Durchsetzungsanordnung kann dem Beklagten sodann eine Ungehorsamstrafe angedroht werden, falls er die Anmeldung nicht zurückzieht. Als Alternative bietet sich aber auch eine Anweisung an den Grundbuchverwalter an, die Anmeldung nicht zu vollziehen, sondern zu suspendieren⁵⁸. Dies würde für den Beklagten weniger weit gehen als die Durchsetzung eines Rückzuges, weil damit das Anmeldedatum für ihn erhalten bleibt, was im Falle seines eventuellen späteren Sieges von Bedeutung sein kann. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit wäre also die Suspendierung einer Anmeldung die richtige Durchsetzungsanordnung. Dies würde aber nichts anderes bedeuten, als dass das Hauptbuch vorläufig gesperrt ist, die richterliche Anordnung mithin als Grundbuchsperrung zu qualifizieren ist⁵⁹. Die Schwierigkeit mit einer solchen Durchsetzungsanordnung besteht jedoch darin, dass der Grundbuchverwalter von Gesetzes wegen gezwungen ist, eine erfolgte Anmeldung zu vollziehen. Andererseits ist aber auch offensichtlich, dass der Gesetzgeber den Fall, dass eine Sicherungsmassnahme erst nach bereits erfolgter Grundbuchanmeldung notwendig werden kann, beim Erlass der Art. 960 und 961 ZGB nicht vor Augen hatte. Es wurde also nicht bedacht, dass Situationen denkbar sind, in denen die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung oder einer vorläufigen Eintragung wirkungslos ist. Diese klare Lücke im eidgenössischen Grundbuchrecht bedarf meines Erachtens der Ergänzung. Der Grundbuchverwalter wäre demnach ausnahmsweise befugt, eine Anmeldung nicht ins Hauptbuch zu übertragen, falls dies durch eine *nach* erfolgter Anmeldung ergangene richterliche Anordnung befohlen wird. Daraus ergibt sich, dass das an sich abschliessend geregelte Grundbuchrecht selbst die Möglichkeit einer Grundbuchsperrung vorsieht. Es ist aber nochmals hervorzuheben, dass sich die Zulässigkeit solcher Grundbuchsperrungen auf bereits erfolgte Anmeldungen beschränkt. Sollen dagegen künftige Verfügungen verhindert werden, so bedarf es zusätzlich der Anordnung einer Vormerkung gemäss Art. 960 oder 961 ZGB.

Der bisherigen Untersuchung lag die Gefährdung der Rechtsverwirklichung durch Veränderung der dinglichen Rechtsverhältnisse am Grundstück zugrunde. Eine andere Art der Gefahr kann aber darin bestehen, dass der Beklagte sein Grundstück rein tatsächlich verändern will, z.B. durch Umbauten. Dies könnte ihm selbstverständlich beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen unter Androhung einer Strafe verboten werden. Ein solches Verbot könnte aber dadurch umgangen werden, dass der Beklagte sein Grundstück an einen Dritten verkauft, gegen welchen das Verbot nicht wirksam wäre. Auch die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung

57 Vgl. oben S. 150.

58 Vgl. als Beispiel für einen solchen Fall BGE 87 I 479 ff.

59 A.A. Meister, S. 128, der die Suspendierung einer Anmeldung nicht als Grundbuchsperrung betrachtet.

vermöchte dies nicht zu verhindern, da weder der Beklagte an der Verfügung, noch der Dritte am Erwerb des Eigentums gehindert wird. Aus dieser Sachlage wurde gefolgert, dass nur eine Grundbuchsperrre wirksamen Schutz zu gewähren vermag⁶⁰. Der Fall ist insofern singulär, als es zur Durchsetzung des vom Beklagten geforderten Verhaltens offenbar zwei Durchsetzungsmassnahmen braucht: Einerseits die Verhinderung der tatsächlichen Veränderung und andererseits die Verhinderung der Umgehung des Verbotes. Hiezu ist vorerst zu bemerken, dass von einem wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet, das mit der Missachtung des Verbotes verbundene Risiko für den Beklagten sehr gross ist, muss er doch gewärtigen, den ursprünglichen Zustand wieder herstellen und Schadenersatz leisten zu müssen. Dies gilt umso mehr für einen Dritten, dem z.B. infolge einer vorgemerkten Verfügungsbeschränkung bekannt ist, dass der Kläger das Grundstück beansprucht. Es wird sich kaum jemand bereitfinden, ein solches Grundstück zu kaufen, geschweige denn, Geld darin zu investieren⁶¹. Auch die Befürchtung, ein Dritterwerber könnte später vom Kläger Ersatz des Mehrwertes verlangen, ist unzutreffend. Nach Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung kann ein Dritter das Grundstück nicht mehr gutgläubig erwerben und müsste deshalb als bösgläubiger Besitzer im Sinne von Art. 940 ZGB betrachtet werden⁶². Ein Ersatzanspruch wäre demnach ausgeschlossen, mit Ausnahme derjenigen Aufwendungen, die auch für den berechtigten Kläger notwendig gewesen wären⁶³. Es trifft zwar zu, dass eine Grundbuchsperrre eine Umgehung des Verbotes verunmöglichen würde, doch ist die tatsächliche Verunmöglichung der Verletzung des Verbotes nicht die oberste Richtschnur für die Bestimmung der Durchsetzungsanordnung. Vielmehr muss sie gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit geeignet und erforderlich sein, um die drohende Gefahr *wirksam* abzuwenden. Wann dies der Fall ist, lässt sich aber nicht aus der abstrakten Gegenüberstellung von Grundbuchsperrre und Vormerkung ermitteln. Zieht man die geschilderten wirtschaftlichen Wirkungen in Betracht, die die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung (oder vorläufigen Eintragung) nach sich zieht, so gelangt man zum Schluss, dass eine vorgemerkte Verfügungsbeschränkung durchaus geeignet und wirksam, eine Grundbuchsperrre demgegenüber aber nicht erforderlich ist.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der Erlass einer Grundbuchsperrre als Durchsetzungsanordnung nicht generell ausgeschlossen ist. Sie ist aber nur dann zulässig, wenn die in Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 und 961 Abs. 1 Ziff. 1 vorgesehenen Vormerkungen keinen wirksamen Schutz zu geben vermögen. Darüber hinaus ist aber zu beachten, dass alle Durchsetzungsanordnungen den früher erläuterten allgemeinen Schranken unterliegen⁶⁴. Darnach kann nur an solche Handlungsmittel

60 Vgl. Leemann, Vormerkung, S. 55; Müller, Grundbuchsperrre, S. 54. Meister, S. 140, lehnt zwar auch hier eine Grundbuchsperrre ab, will aber ein Veränderungsverbot unmittelbar an den Dritterwerber zulassen. Diese Konstruktion ist offensichtlich unzulässig.

61 In gleichem Sinne auch Riemer, S. 76.

62 Gemäss Stark, N 15 Vorbemerkungen zu Art. 938–940 ZGB, sind die Art. 938–940 ZGB auch auf Grundstücke anwendbar.

63 Art. 940 Abs. 2 ZGB und dazu Stark, N 31 zu 940 ZGB.

64 Vgl. oben S. 110 f.

des Beklagten angeknüpft werden, auf die der Kläger auch kraft seines behaupteten materiellen Anspruches (wenn man sein Bestehen unterstellt) Zugriff hätte. Im Zusammenhang mit dem Grundbuch bringt das Bundesgericht diesen Gedanken dadurch zum Ausdruck, dass der Kläger einen Anspruch geltend machen muss, der sich bei seiner Erfüllung grundbuchlich auswirkt⁶⁵. Daraus ergibt sich die Unzulässigkeit einer Grundbuchsperrung für einen weiteren Fall, in welchem ein Teil der älteren Lehre diese zulassen möchte. Es wurde postuliert, dass dem Beklagten die Verfügungsmacht über eine Liegenschaft dann entzogen werden könne, wenn er sich gegenüber dem Kläger verpflichtet hat, einen langfristigen Mietvertrag auf einen allfälligen Dritterwerber zu übertragen⁶⁶. Geht man davon aus, dass der Kläger einen selbständig durchsetzbaren Übertragungsanspruch gegen den Beklagten hat, so ist ihm damit selbst bei einer zwangsweisen Durchsetzung im ordentlichen Rechtsschutzverfahren keinerlei Macht über das Grundstück des Beklagten gegeben. Dessen Verpflichtung besteht vielmehr in einem reinen Tun, d.h. im Abschluss eines Kaufvertrages bestimmten Inhaltes. Hat es der Kläger versäumt, die Vormerkung des Mietverhältnisses gemäss Art. 959 ZGB im Grundbuch zu verabreden (Art. 260 OR), so kann er dies nicht auf dem Umweg über eine Sicherungsmassnahme ohne Zustimmung des Beklagten erreichen⁶⁷. Abschliessend bleibt sodann festzuhalten, dass eine Grundbuchsperrung genau wie die übrigen bisher behandelten Durchsetzungsanordnungen dann ausgeschlossen ist, wenn der ihr zugrunde liegende materielle Anspruch auf eine Geldleistung geht. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz könnte sich nur kraft ausdrücklichen Bundesrechts ergeben, was insbesondere bei vorsorglichen Massnahmen gestützt auf Art. 145 ZGB näher zu untersuchen ist.

II. Grundbuchsperrungen zur Sicherung der Ersatzforderung und des Vorschlagsanteils der Ehefrau gestützt auf Art. 145 ZGB

1. Ausgangslage und Problemstellung

Die Frage, ob zur Sicherung der Ersatzforderung und des Vorschlagsanteils der Ehefrau eine Grundbuchsperrung angeordnet werden dürfe, ist in Lehre und Rechtsprechung ungeklärt. Die zürcherischen Gerichte betrachten es in langjähriger Praxis als zulässig, eine Grundbuchsperrung gestützt auf Art. 145 ZGB zu erlassen⁶⁸. Demgegenüber betrachten andere Kantone eine derartige Sicherung als unzulässige Umge-

65 Vgl. etwa BGE 91 II 423 sowie auch SJZ 60 (1964) S. 347.

66 So Leemann, Vormerkung, S. 56; Müller, Grundbuchsperrung, S. 132/143.

67 Die Anordnung einer Grundbuchsperrung lehnen ebenfalls ab Meister, S. 142/143; Riemer, S. 70 Anm. 27 und S. 75 Anm. 54.

68 Vgl. für eine Zusammenfassung der zürcherischen Praxis Hochuli, S. 144 ff. sowie auch ZR 49, 192.

hung der Bestimmungen des SchKG⁶⁹. Das Bundesgericht hat bisher zu diesen Problemen noch nicht abschliessend Stellung genommen⁷⁰.

Mit den nachfolgenden Ausführungen soll versucht werden, neue Lösungsansätze für diese Kontroverse aufzuzeigen. Wendet man die in dieser Arbeit bisher entwickelten Grundsätze an, können aber gewisse Streitpunkte schon zum vornherein als erledigt betrachtet werden. Sicherungsmassnahmen sind prozessualer Natur und beruhen grundsätzlich auf ungeschriebenen Verfahrensvorschriften des Bundesrechtes. Dieses bestimmt einerseits Zweck und Voraussetzungen für den Erlass, andererseits ergeben sich die Kriterien und Schranken für die Inhaltsbestimmung unmittelbar aus dem Ziel der Sicherungsmassnahmen, dem Kläger die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung zu sichern⁷¹. Damit ist die in BGE 103 II 5 vertretene Ansicht abzulehnen, wonach mangels ausdrücklicher Vorschriften im Bundesrecht die Kantone zuständig seien, den zulässigen Inhalt einer Sicherungsmassnahme zu bestimmen⁷².

Im vorliegenden Zusammenhang bildet Art. 145 ZGB eine ausdrückliche bundesrechtliche Grundlage für den Erlass von Sicherungsmassnahmen. Bei der Untersuchung der Frage, ob eine Grundbuchsperrung zur Sicherung von Ersatzforderungen oder Vorschlagsanteilen zulässig sei, ist zunächst von den allgemeinen Regeln auszugehen. Ergibt sich daraus, dass eine entsprechende Sicherungsmassnahme unzulässig wäre, ist weiter zu prüfen, ob dem Art. 145 ZGB besondere, von den allgemeinen Regeln abweichende Vorschriften zu entnehmen sind.

2. Lösungsvorschlag

Ersatzforderungen und Forderungen auf den Vorschlagsdrittel haben Geldleistungen zum Gegenstand, die erst nach erfolgter Ehescheidung durchsetzbar werden. Damit fehlt es nach den allgemeinen Regeln für den Erlass von Sicherungsmassnahmen am Erfordernis eines behaupteten durchsetzbaren Anspruches. Es wurde jedoch bereits in früherem Zusammenhang erläutert, dass die im Bundesrecht ausdrücklich vorgesehenen Sicherungsmassnahmen im Zusammenhang mit Gestaltungsclagen eine Ausnahme von diesem Grundsatz bilden⁷³. Damit ist der Weg für die Benutzung des Instituts der Sicherungsmassnahmen grundsätzlich frei. Die sogleich zu erläuternclen zusätzlichen Probleme, die es zu überwinden gilt, sind nämlich keine den Sicherungsmassnahmen als solchen inhärente, sondern ergeben sich aus der Besonderheit anderer bundesrechtlicher Institute⁷⁴.

69 Vgl. z.B. SJZ 67 (1971) S. 145 ff.; 45 (1949) S. 346; Leemann, Grundbuchsperrungen, S. 211. Eher ablehnend auch Hochuli, S. 145/146.

70 Vgl. etwa BGE 91 II 421/422.

71 Vgl. allgemein dazu oben §§ 9, 10, 13.

72 Diese abzulehnende Ansicht vertritt auch Sträuli, S. 427. Vgl. dagegen BGE 78 II 89 ff., wo eine auf kantonales Prozessrecht gestützte Grundbuchsperrung abgelehnt wurde.

73 Vgl. oben S. 132/133.

74 Ergänzend ist in diesem Zusammenhang beizufügen, dass das in Art. 173 ZGB statuierte Verbot der Zwangsvollstreckung unter Ehegatten dem Erlass von Sicherungsmassnahmen nicht

Ersatzforderungen und Forderungen auf den Vorschlagsdrittel haben Geldleistungen zum Gegenstand. Solche Forderungen können aber nach dem bisher Gesagten nur nach den Regeln des SchKG durch einen Arrest gesichert werden⁷⁵. Soll also eine Grundbuchsperrung nicht zum vornherein unzulässig sein, muss sich aus Art. 145 ZGB eine Ausnahme zu diesem Grundsatz ergeben. Die Lösung dieses Problems wird von einem Teil der Lehre und Rechtsprechung darin gesehen, dass Art. 145 ZGB eine *lex posterior* und *lex specialis* zum SchKG sei und damit den Art. 271 ff. SchKG vorgehe⁷⁶. Schliesst man sich, wie dies nachfolgend getan wird, dieser Ansicht an, folgt daraus, dass gestützt auf Art. 145 ZGB eine Sicherungsmassnahme mit gleicher Wirkung wie ein Arrest im technischen Sinne verfügt werden kann, wobei die Voraussetzungen hierfür von den Regeln des SchKG abweichen dürfen. Nach dem bisher Gesagten hat somit die Klägerin die Gefährdung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung durch das Verhalten des beklagten Ehemannes sowie den Bestand einer Ersatzforderung und/oder eines Vorschlags glaubhaft zu machen⁷⁷. Sodann darf der zu erwartende Nachteil nicht leicht wiedergutmachbar sein. Dieses Erfordernis ist namentlich dann nicht erfüllt, wenn die Klägerin in der blossen Verzögerung der Geldzahlung einen Nachteil erblickt⁷⁸. Es sind also mit anderen Worten die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen auch im Falle von Art. 145 ZGB anwendbar.

In einem nächsten Schritt ist sodann der Inhalt der zu erlassenden Sicherungsmassnahme zu bestimmen⁷⁹. Dem Beklagten ist zunächst zu verbieten, sich gewisser Vermögensobjekte zu entäussern, weil sonst eine allfällige spätere Zwangsvollstreckung der Geldforderung ins Leere stossen würde. Die Befolgung dieser Anordnung ist sodann durch eine entsprechende Durchsetzungsanordnung sicherzustellen. Anzuknüpfen ist dabei an das Handlungsobjekt, d.h. an diejenigen Sachen, die vom Gebot betroffen sind. Handelt es sich um Grundstücke, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Grundbuchsperrung. Wie bereits erläutert, sind aber die ausdrücklichen Gesetzesregeln des Grundbuchrechtes zu berücksichtigen⁸⁰. Diese schliessen, von einigen besonderen Ausnahmefällen abgesehen, die Anordnung einer Grundbuchsperrung grundsätzlich aus. Es ist deshalb zu prüfen, ob sich im Zusammenhang mit Art. 145 ZGB eine weitere Ausnahme ergibt. Gegen eine solche Ausnahme könnte angeführt werden, dass Art. 960 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung zur Sicherung von Geldforderungen ausdrücklich vorsieht⁸¹.

entgegensteht, weil diese keine materiellen Ansprüche zum Gegenstand haben (vgl. dazu ausführlich oben § 3); gleicher Ansicht auch Etter, S. 107, jedoch mit anderer Begründung.

75 Vgl. oben S. 91.

76 Vgl. Hinderling, S. 201; Sträuli, S. 427, sowie ZR 49, 192; 57, 102; 69, 135.

77 Das Glaubhaftmachen einer Gefährdung verlangt auch Hinderling, S. 201; a.A. die bei Riemer, S. 72, zit. zürcherische Praxis bezüglich der Ersatzforderungen.

78 Daraus folgt, dass eine Sicherungsmassnahme zu verweigern ist, wenn der Ehemann die Forderung sicherstellt. Vgl. dazu allgemein oben S. 73 ff.

79 Abzulehnen ist BGE 103 II 5, wonach sich der Inhalt nach kantonalem Recht bestimme, sofern das Bundesrecht nichts Besonderes vorsehe.

80 Vgl. oben S. 149 ff.

81 Gemäss Art. 275 SchKG ist der Arrest nach den Regeln der Pfändung zu vollziehen. Dem-

Daraus könnte *e contrario* geschlossen werden, dass die Anordnung einer Grundbuchsperrung ausgeschlossen ist. Diese Argumentation lässt aber einen wesentlichen Aspekt unberücksichtigt. Eine auf Art. 960 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB gestützte Verfügungsbeschränkung zerstört zunächst nur den guten Glauben eines allfälligen Dritterwerbers, macht aber für sich allein die Verfügung des Beklagten noch nicht ungültig. Sodann verleiht eine Geldforderung, zu deren Sicherung eine Verfügungsbeschränkung eingetragen wurde, keinen unmittelbaren Anspruch auf das Grundstück; der Gläubiger kann sich deshalb gegenüber einem Dritterwerber nicht auf ein subjektives Recht am Grundstück berufen. Die Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung als Sicherungsinstrument ergibt sich vielmehr nur aus der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 96 Abs. 2 SchKG, wonach jede nach erfolgter Pfändung vorgenommene Verfügung ungültig ist. Die Sicherungswirkung ergibt sich somit aus dem Zusammenspiel von SchKG und ZGB. Eine dem Art. 96 Abs. 2 SchKG entsprechende Vorschrift fehlt aber im Zusammenhang mit Art. 145 ZGB. Aus dem Vorhandensein von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB lässt sich somit nicht ohne weiteres schliessen, dass eine Grundbuchsperrung ausgeschlossen ist, weil diese Norm auf Vollstreckungsmassnahmen des SchKG zugeschnitten ist⁸². Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber bei der Regelung des Grundbuchrechtes den Fall der Sicherung einer Geldforderung gestützt auf Art. 145 ZGB nicht bedacht hat; man hat es somit mit einer echten Gesetzeslücke zu tun.

Zur Ausfüllung dieser Lücke bieten sich zwei Möglichkeiten an. Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass es bei der Sicherung güterrechtlicher Forderungen gestützt auf Art. 145 ZGB um ein dem Arrest verwandtes Institut geht. Es ist deshalb nicht abwegig, die Bestimmungen des SchKG über den Arrestvollzug, d.h. also auch Art. 96 Abs. 2 SchKG analog anzuwenden. Daraus ergibt sich, dass Art. 960 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB insofern lückenhaft ist, als eine Verfügungsbeschränkung nicht nur aufgrund einer Pfändung bzw. eines Arrestes, sondern auch gestützt auf Art. 145 ZGB vorge-merkt werden kann⁸³. Die derart ergänzten Vorschriften des ZGB über Verfügungsbeschränkungen würden somit ausreichenden Schutz gewähren, womit die Zulässigkeit einer Grundbuchsperrung ohne weiteres zu verneinen wäre. Lehnt man dagegen die analoge Anwendung des Art. 96 Abs. 2 SchKG ab, bietet die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung keinen Schutz. Daraus wäre zu folgern, dass eine geeignete Durchsetzungsanordnung einzig im Erlass einer Grundbuchsperrung bestehen kann, d.h. in der Anweisung des Grundbuchverwalters, keinerlei Eintragungen mehr auf dem Hauptbuchblatt vorzunehmen.

nach führt die Verarrestierung eines Grundstückes zur Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch (Art. 101 ff. SchKG).

82 Eine Verfügungsbeschränkung gestützt auf Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB fällt zum vornherein ausser Betracht, weil dies voraussetzen würde, dass der geltend gemachte Anspruch ein Grundstück zum Gegenstand hat; dies ist bei Ansprüchen auf eine Geldleistung nicht der Fall.

Gleicher Ansicht Hinderling, Zusatzband, S. 162, mit Verweisen auf die zürcherische Praxis.

83 Eine Lücke in Art. 960 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB nimmt auch Hinderling, Zusatzband, S. 162, an.

III. Die Sicherungsmassnahmen des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts

1. Allgemeines

Das Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht ist heute ohne Zweifel eines der wichtigsten Anwendungsgebiete für Sicherungsmassnahmen. Schon 1933 klagte *Steiner*: "Das moderne Geschäftsleben beginnt Erscheinungen zu zeitigen, denen die Rechtspflege kaum mehr gewachsen ist⁸⁴." Eine dieser Erscheinungen ist sicherlich die zunehmende Schnellebigkeit und Komplexität der juristischen und wirtschaftlichen Verhältnisse, was wiederum zu einer erhöhten "Prozessanfälligkeit" führt. Insbesondere Prozesse um Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechte beanspruchen sehr viel Zeit und zeichnen sich durch komplizierte Beweis- und Rechtsfragen aus. Dadurch ist die Gefahr besonders gross, dass ein späteres Urteil wenig oder gar nicht mehr wirksam ist, sei es, dass der festgestellte Anspruch nicht mehr durchgesetzt werden kann, sei es, dass der inzwischen eingetretene Schaden irreparable Ausmasse angenommen hat.

Die kantonalen Zivilprozessordnungen enthielten zu Beginn dieses Jahrhunderts zum Teil keine, zum Teil ungenügende Vorschriften für den Erlass von Sicherungsmassnahmen. Da nach lange herrschender Auffassung die Sicherungsmassnahmen grundsätzlich Sache des kantonalen Zivilprozessrechts waren, sah sich der Bundesgesetzgeber schon frühzeitig veranlasst, für den Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts eigene Vorschriften zu erlassen⁸⁵. Die sich daraus ergebende Frage nach dem Verhältnis der Normen in den Spezialgesetzen zu denjenigen im kantonalen Zivilprozessrecht wird, wenn auch unterschiedlich, so doch ohne grössere Schwierigkeiten beantwortet. Ein Teil der Ansichten geht dahin, dass Sicherungsmassnahmen im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht ihre Grundlagen im materiellen Recht des Bundes haben. Demgegenüber bleibt das kantonale Zivilprozessrecht zum Erlass ergänzender Vorschriften für das Verfahren zuständig, sofern dies erforderlich ist⁸⁶. Diese Ansicht wird durch den Wortlaut der Art. 77 PatG und 9 UWG begünstigt, wonach die vorsorglichen Massnahmen zur vorläufigen Vollstreckung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen dienen.

Von anderen Autoren wird die Rolle des kantonalen Zivilprozessrechtes stärker hervorgehoben. Danach wollte der Bundesgesetzgeber mit dem Erlass ausdrücklicher Vorschriften das kantonale Zivilprozessrecht nicht einschränken, sondern lediglich die einheitliche Handhabung des Instituts der Sicherungsmassnahmen in der Schweiz gewährleisten⁸⁷.

84 *Steiner*, Wettbewerb, S. 26.

85 *So Ming*, S. 9 und 14; *Martin-Achard*, S. 58; *Steiner*, Wettbewerb, S. 27.

86 Vgl. etwa *Blum/Pedrazzini*, Anm. 1 und 3 zu Art. 77 PatG, S. 648 und 650; *Englert*, S. 369; *Meyer-Wild*, S. 177 und 178; *Mitt.* 1969, S. 54 ff.; für den deutschen Rechtskreis vgl. *Pastor*, S. 138 und 165 sowie die widersprechende Ansicht von *Piehler*, S. 28/29.

87 Vgl. *Ming*, S. 8; *Martin-Achard*, S. 58; *ZR* 65, 122.

Die weitere Frage, wie die Bestimmungen des MMG und MSchG, die nur rudimentäre Vorschriften in bezug auf Sicherungsmassnahmen enthalten, zu ergänzen sind, wird jeweils unter dem Gesichtspunkt der Einheit des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts gelöst. Alle Immaterialgüterrechtsgesetze haben, vereinfacht ausgedrückt, Entstehung, Inhalt und Wirkung des "geistigen Eigentums" an Immaterialgütern zum Gegenstand, was auch bezüglich dem Erlass von Sicherungsmassnahmen nach einer einheitlichen Behandlung ruft⁸⁸. Sodann ist anerkannt, dass das UWG kumulativ mit den Immaterialgüterrechtsgesetzen zur Anwendung gelangen kann⁸⁹. Das MMG und MSchG sind somit in erster Linie durch die Bestimmungen des PatG und UWG zu ergänzen.

Die in dieser Arbeit vertretene Ansicht, wonach Sicherungsmassnahmen zum vornherein durch das ungeschriebene Bundesrecht gewährleistet sind, führt zu einer Vereinfachung der Behandlung des Verhältnisses von geschriebenem Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht. Dies ist für den Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts nachfolgend abstrahiert darzustellen.

2. Die Sicherungsmassnahmen im PatG, UWG, KG und URG

Das PatG, UWG, KG und URG enthalten ausführliche und weitgehend übereinstimmende Vorschriften für den Erlass von Sicherungsmassnahmen; sie werden deshalb nachfolgend zusammen behandelt⁹⁰.

a) Zweck

Das PatG, UWG und KG bestimmen, dass zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes oder zur vorläufigen Vollstreckung streitiger Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüchen "vorsorgliche Massnahmen" erlassen werden können. Daraus wurde in der Lehre der Schluss gezogen, dass damit der unmittelbare Zweck der vorsorglichen Massnahmen verbindlich umschrieben sei⁹¹. erinnert man sich aber der zu Beginn dieser Arbeit gemachten Ausführungen, gelangt man zum Schluss, dass diese Gesetzesformulierungen lediglich die Umschreibung des funktionellen Zwecks und damit der inhaltlichen Wirkung der Sicherungsmassnahmen zum Gegenstand haben⁹². Insbesondere ist nicht daraus zu folgern, dass mit dem Erlass von Sicherungsmassnahmen unmittelbar der Schutz von immaterialgüterrechtlichen Ansprüchen angestrebt wird. Dieses Ziel wird aber mittelbar verfolgt, indem man "hofft",

88 In diesem Sinne Martin-Achard, S. 74; Ming, S. 18.

89 Vgl. Troller, Kurzlehrbuch, S. 162; Martin-Achard, S. 45; Mitt. 1977, 179.

90 Vgl. Art. 77 ff. PatG, Art. 9 ff. UWG, Art. 10 KG in Verb. Art. 9 ff. UWG, Art. 52 f. URG.

91 Vgl. Blum/Pedrazzini, Anm. 2 zu Art. 77 PatG, S. 649.

92 Vgl. oben S. 9 ff.

dass sich die Sicherungsmassnahme nach endgültiger Feststellung der materiellen Rechtslage im ordentlichen Prozess retrospektiv als Rechtsschutz herausstellt. Im Zeitpunkt des Erlasses der Sicherungsmassnahme lässt sich aber grundsätzlich keine verbindliche Aussage über die materiell-rechtliche Wirkung der Anordnung machen⁹³. Geschützt wird vielmehr nur die Möglichkeit des Klägers, nach endgültiger Feststellung seines immaterialgüterrechtlichen Anspruches eine vollständige Rechtsverwirklichung zu erlangen. Natürlich sind auch Fälle denkbar, in denen sowohl der behauptete Anspruch als auch dessen Verletzung sofort liquid sind. Solche Massnahmeverfahren werden aber regelmässig mit dem Abschluss eines Vergleiches enden, womit nicht nur die Anhebung der sonst notwendigen Hauptklage obsolet, sondern auch die Sicherungsmassnahme gegenstandslos wird.

Das PatG, UWG und KG sehen den Erlass "vorsorglicher Massnahmen" sodann auch zum Zwecke der Beweissicherung vor. Dies stellt gegenüber dem bisher Gesagten eine Besonderheit dar. Anordnungen zur Beweissicherung sind dogmatisch von den vorsorglichen Massnahmen im allgemeinen und den Sicherungsmassnahmen im besonderen zu trennen, obwohl der Begriff "vorsorgliche Massnahme" rein sprachlich dem Miteinbezug der Beweissicherung nicht entgegensteht⁹⁴. Trotz dieser notwendigen dogmatischen Unterscheidung ist aber der ausdrückliche Gesetzestext zu beachten. Daraus ergibt sich, dass Anordnungen zur Beweissicherung und Sicherungsmassnahmen hinsichtlich ihrer Voraussetzungen gleichgestellt sind⁹⁵.

b) Voraussetzungen

Die Formulierung der Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen stimmen im PatG, UWG, URG und KG sinngemäss überein⁹⁶, weshalb nachfolgend pars pro toto jeweils auf das PatG Bezug genommen wird. Die Übereinstimmung geht aber noch weiter. Wie sogleich zu zeigen sein wird, decken sich die in diesen Gesetzen aufgestellten Erfordernisse mit den schon erläuterten allgemeinen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Sicherungsmassnahme⁹⁷.

Der Kläger hat nach den allgemeinen Regeln zunächst einen durchsetzbaren Anspruch zu behaupten. Dieses Erfordernis ist auch in Art. 77 PatG enthalten. Danach sind Sicherungsmassnahmen nur zugunsten eines "Klageberechtigten" zulässig

93 Vgl. auch Troller, Immaterialgüterrecht, S. 1202, wonach der Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Immaterialgüterrecht dem Wunsch jedes Patentinhabers entspricht, auch nur vermutete Verletzungen seines Rechts aus dem Patent verbieten zu lassen.

94 Vgl. zur Abgrenzung oben S. 42 f. Ming, S. 16 und 19, scheint zumindest für den Bereich des Immaterialgüterrechts eine dogmatische Unterscheidung abzulehnen.

95 Die Beweissicherung ist nicht Gegenstand dieser Arbeit und wird deshalb nicht weiter untersucht. Vgl. im übrigen dazu Englert, S. 369/379, Martin-Achard, S. 75 sowie als Beispiel einer Beweissicherung gestützt auf Art. 77 PatG Mitt. 1969, S. 528.

96 Vgl. Art. 77 PatG, Art. 9 UWG, Art. 53 Ziff. 1 URG sowie Art. 10 KG in Verb. mit Art. 9 UWG.

97 Vgl. oben § 10.

(Art. 77 Abs. 1 PatG). Daraus wurde gefolgert, dass grundsätzlich nur der Patentinhaber, nicht aber auch ein Patentanmelder oder Lizenznehmer als Kläger im Massnahmeverfahren auftreten könne⁹⁸. Die Gesetzesformulierung ist m.E. nicht als besondere Einschränkung gegenüber den allgemeinen Regeln zu verstehen, sondern ergibt sich vielmehr aus dem Wesen des Rechtsschutzes im Patentrecht. Erst die Erteilung eines Patentbes, bzw. die entsprechende Eintragung im Register als rechtsvollender Formalakt⁹⁹, verleiht einem Kläger jenes Ausschliesslichkeitsrecht, das ihm erlaubt, gegen die in Art. 66 PatG aufgezählten Rechtsverletzungen vorzugehen¹⁰⁰. Es besteht somit für ein Spezialgesetz, wie es das PatG darstellt, kein Anlass, anderen Personen Rechtsschutz zu gewähren, als denjenigen, die durch den Gegenstand des Gesetzes, die Erfindungspatente, betroffen sind. Daraus folgt aber auch, dass die erwähnte Schlussfolgerung der Lehre, wonach nur ein Patentinhaber Kläger im Massnahmeverfahren sein könne, eine unnötige Einschränkung darstellt. Das PatG gewährt nämlich einem weiteren Personenkreis durchsetzbare Ansprüche, die konsequenterweise auch in einem Verfahren zum Erlass von Sicherungsmassnahmen geltend gemacht werden können¹⁰¹. Dass es sich dabei immer um Ansprüche im technischen Sinne handeln muss und nicht etwa um nichtfällige subjektive Rechte, ergibt sich aus Art. 77 Abs. 2 PatG, wonach der Kläger eine "gegen dieses Gesetz verstossende Handlung" glaubhaft machen muss. Werden solche Handlungen z.B. gegen einen Patentinhaber begangen, ergeben sich aus dem Ausschliesslichkeitsrecht unmittelbar durchsetzbare Abwehransprüche. Ist somit klar, dass auch im Patentrecht nur Ansprüche einer Sicherungsmassnahme zugrundeliegen können, bestätigt sich auch die schon früher gemachte Äusserung, dass Sicherungsmassnahmen im Hinblick auf oder während einer pendenten Feststellungsklage ausgeschlossen sind¹⁰².

Nach den allgemeinen Regeln muss der Kläger sodann eine Gefährdung der Möglichkeit der Rechtsverwirklichung glaubhaft dartun. Dieses Erfordernis wird im PatG nicht ausdrücklich erwähnt, dürfte aber als selbstverständlich vorausgesetzt sein. Der Grund hiefür liegt darin, dass bei patentrechtlichen Streitigkeiten zumeist Unterlassungsansprüche geltend gemacht werden, deren einmalige Verletzung eine vollständige Rechtsverwirklichung zum vornherein ausschliesst¹⁰³.

Schliesslich hat der Kläger ein überwiegendes Interesse am Erlass einer Sicherungsmassnahme darzutun, indem er einerseits den Bestand seines behaupteten materiellen Anspruchs und andererseits einen nicht leicht wiedergutmachbaren Nachteil bei einer allfälligen Nichtverwirklichung des Anspruchs glaubhaft macht. Diese Erfordernisse sind in Art. 77 Abs. 2 PatG ausdrücklich enthalten. Dort wird verlangt, dass der Kläger eine Gesetzesverletzung durch den Beklagten glaubhaft macht. Damit ist nichts anderes als die Glaubhaftmachung des klägerischen Anspruchs gefordert,

98 Vgl. Englert, S. 369/370; Ming, S. 24.

99 Vgl. zu diesem Begriff Troller, Kurzlehrbuch, S. 96.

100 Dem Art. 66 PatG entsprechen die Art. 1 UWG und Art. 42/43 URG.

101 Vgl. z.B. Art. 29 PatG.

102 Vgl. darüber Näheres oben S. 70/71.

103 Vgl. dazu im übrigen oben S. 24/25.

denn eine entsprechende Handlung des Beklagten richtet sich jeweils gegen das Ausschliesslichkeitsrecht des Klägers¹⁰⁴. Allerdings sind dabei Besonderheiten zu beachten, die sich aus der Natur des Immaterialgüterrechtes ergeben. Gemäss feststehender Praxis wird vermutet, dass ein erteiltes Patent zu Recht besteht¹⁰⁵. Dieser auf Gewohnheitsrecht beruhende Grundsatz erleichtert die Position des Klägers insofern, als er lediglich den Schutzzumfang und den Geltungsbereich seines Patenten, nicht aber die Patentwürdigkeit seiner Erfindung glaubhaft zu machen hat¹⁰⁶. Demgegenüber ist der Beklagte in einer schwierigeren Position. Will er dem Kläger entgegenhalten, dass sein Anspruch nicht glaubhaft sei, weil das Patent mangels patentierbarer Erfindung nichtig sei, so hat er dies nicht bloss glaubhaft zu machen, sondern strikte zu beweisen. Dieser von Lehre und Rechtsprechung übereinstimmend geforderte Beweis ist dann erbracht, wenn sich die Nichtigkeit des Patenten im Massnahmeverfahren aus den Akten ergibt¹⁰⁷. Diese strenge Auflage für den Beklagten ist nicht ohne weiteres verständlich, zumal wenn man bedenkt, dass die in Art. 67 PatG statuierte Vermutung durch blosser Glaubhaftmachung zerstört werden kann¹⁰⁸. Art. 67 PatG betrifft allerdings einen anderen Sachverhalt. Danach gilt bei Verfahrenspatenten zur Herstellung neuer Erzeugnisse jedes Erzeugnis gleicher Beschaffenheit als nach dem patentierten Verfahren hergestellt. Die Rechtsbeständigkeit des Patenten wird also durch Art. 67 PatG nicht berührt. Immerhin kann aber daraus gefolgert werden, dass die blosser Tatsache, dass das materielle Patentrecht Beweisvermutungen aufstellt, nicht zum Schluss zwingt, diese könnten im Massnahmeverfahren durch eine blosser Glaubhaftmachung nicht umgestossen werden. Der Grund für das strikte Beweiserfordernis im Falle der behaupteten Patentnichtigkeit liegt wohl eher im Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Angesichts des grossen wirtschaftlichen Wertes von Erfindungen soll sich ein Patentinhaber und auch Dritte, die mit ihm in Beziehung treten, auf ein erteiltes Patent bis zum Beweis seiner Nichtigkeit verlassen können. Dies führt aber andererseits dazu, dass bereits im Verfahren um Erlass von Sicherungsmassnahmen langwierige Beweisverfahren durchgeführt werden, was einen richterlichen Entscheid bis zu zwei Jahre hinauszögern kann¹⁰⁹. Zwar werden damit die Sicherungsmassnahmen ihrem ursprünglichen Charakter entfremdet, doch ist dies für den Bereich des Immaterialgüterrechtes nicht zum vornherein abzulehnen. Eine gründliche Abklärung der materiell-rechtlichen Lage führt für die Parteien

104 Vgl. zur analogen Situation im UWG von Büren, N 2 zu Art. 9 UWG. Zu dem in Art. 77 Abs. 2 PatG ausdrücklich erwähnten Erfordernis des nicht leicht wiedergutmachbaren Nachteils vgl. auch Englert, S. 379; Ming, S. 33/34; Mitt. 1972, S. 60 ff.

105 Vgl. Mitt. 1976, S. 195 ff. und S. 198 ff.; Mitt. 1973, S. 36 ff.; Mitt. 1972, S. 60 ff. sowie Englert, S. 371.

106 Vgl. Englert, S. 371/372; Troller, Immaterialgüterrecht, S. 1202 Anm. 142. A.A. Blum/Pedrazzini, Anm. 4 zu Art. 77 PatG, S. 656, die diesbezüglich einen strikten Beweis verlangen. Diese Ansicht ist angesichts des eindeutigen Wortlautes des Gesetzes abzulehnen.

107 Vgl. Troller, Immaterialgüterrecht, S. 1203 und die dort in Anm. 143 zit. Gerichtspraxis sowie Englert, S. 373.

108 Vgl. BGE 103 II 287; Mitt. 1969, S. 165.

109 Vgl. z.B. ZR 77, 114. Vgl. als weiteres Beispiel einer umfassenden Prüfung der materiell-rechtlichen Lage ZR 67, 41.

regelmässig zu einer besseren Einschätzung des Prozessrisikos und erhöht damit die gegenseitige Bereitschaft zum Abschluss eines Vergleiches¹¹⁰. Die damit verbundene Zeit- und Kostenersparnis ist nicht zu unterschätzen.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Voraussetzungen für den Erlass von Sicherungsmassnahmen im Bereich des PatG, UWG, URG und KG mit den allgemeinen Regeln übereinstimmen. Dagegen besteht die Tendenz, der Glaubhaftmachung des materiellen Anspruches grosses Gewicht beizumessen, was dazu führen kann, dass die Sicherungsmassnahmen den ordentlichen Prozess ersetzen. Aber gerade im gewerblichen Rechtsschutz besteht ein ausgeprägtes Bedürfnis, innert nützlicher Frist zu einer wirtschaftlich tragbaren Lösung zu gelangen, auch wenn dadurch von juristischen Maximalforderungen abgewichen werden muss. Dieser Aufgabe kann das Institut der Sicherungsmassnahme aber nur dann gerecht werden, wenn auf den "Nachweis" des behaupteten immaterialgüterrechtlichen Anspruchs mehr Gewicht gelegt wird. Das ursprüngliche Ziel der Sicherungsmassnahme, die Möglichkeit der Rechtsverwirklichung im späteren Prozess zu sichern, tritt somit zurück.

c) Inhalt

Das PatG, UWG, KG und URG regeln den Inhalt der Sicherungsmassnahmen nur teilweise. Mit Ausnahme des jeweils ausdrücklich erwähnten Gebotes der Erforderlichkeit¹¹¹ fehlen insbesondere Vorschriften über die zu beachtenden Kriterien und Schranken bei der Inhaltsbestimmung. Es sind demzufolge die allgemeinen Regeln anzuwenden, wofür auf das früher Gesagte verwiesen werden kann¹¹². Immerhin enthalten die Spezialgesetze Beispiele möglicher Durchsetzungsanordnungen, wobei die Beschlagnahme im Vordergrund steht¹¹³. Allerdings ist auch hier zu beachten, dass dem Beklagten nur solche Gegenstände entzogen werden können, die auch bei einer späteren Zwangsvollstreckung des klägerischen Anspruches erfasst werden könnten. In diesem Zusammenhang verdient Art. 69 PatG besondere Erwähnung. Er bestimmt, dass der Richter im Falle der Verurteilung des Beklagten im ordentlichen Prozess die Einziehung der widerrechtlich hergestellten Erzeugnisse oder der zu ihrer Herstellung dienenden Einrichtungen, Geräte usw. anordnen kann, wobei es nicht darauf ankommt, wem diese Gegenstände sachenrechtlich gehören¹¹⁴. Werden diese Gegenstände somit unabhängig von den dinglichen Verhältnissen bei der Durchsetzung des klägerischen Anspruches erfasst, können sie auch Gegenstand der Beschlagnahme durch eine Sicherungsmassnahme sein.

110 So auch Martin-Achard, S. 67.

111 Vgl. zum Gebot der Erforderlichkeit als einem Teilgebot des Verhältnismässigkeitsprinzips oben S. 113, sowie Mitt. 1976, S. 242 ff. und ZR 31, 4.

112 Vgl. oben § 13.

113 Vgl. PatG Art. 77 Abs. 1 und URG Art. 52 Ziff. 1–3.

114 Vgl. Blum/Pedrazzini, Anm. 2 zu Art. 69 PatG, S. 483.

d) Der Anwendungsbereich für das kantonale Zivilprozessrecht

Wie bereits erwähnt, sind die Kantone befugt, zusätzliche Mittel zur Milderung des Interessenkonfliktes beim Erlass von Sicherungsmassnahmen vorzusehen¹¹⁵. Dazu gehören namentlich die Auferlegung einer Sicherheitsleistung und die verschärfte Haftung des Klägers im Falle einer zu Unrecht ergangenen Sicherungsmassnahme. Diese Kompetenz der Kantone wird allerdings durch das Vorhandensein ausdrücklicher Bundesvorschriften eingeschränkt.

Das PatG, UWG und KG enthalten ausdrückliche Vorschriften sowohl für die Auferlegung einer Sicherheitsleistung als auch für die Haftung des Klägers; im URG fehlen besondere Haftungsbestimmungen¹¹⁶. Kraft derogatorischer Wirkung des Bundesrechtes gehen diese Vorschriften den kantonalen Zivilprozessordnungen vor, jedoch nur insofern, als das kantonale Recht überhaupt keine oder eine weniger weitgehende Regelung getroffen hat.

3. Die Sicherungsmassnahmen des MMG und MSchG

a) Ausgangslage

Art. 28 MMG und Art. 31 MSchG enthalten nur rudimentäre Vorschriften über Sicherungsmassnahmen. Danach haben die Gerichte aufgrund erfolgter Klage "die als nötig erachteten vorsorglichen Verfügungen (bzw. Bestimmungen)" zu treffen. Beide Gesetzesartikel erwähnen als Beispiel einer konkreten Anordnung die Beschlagnahme und das MMG sieht zudem die Möglichkeit der Auferlegung einer Sicherheitsleistung vor. Es fragt sich nachfolgend, wie diese Bestimmungen zu ergänzen sind.

b) Voraussetzungen

In der Lehre wird betont, dass der Erlass von Sicherungsmassnahmen durch die engen Formulierungen im MMG und MSchG nicht beschränkt wird. Vielmehr sind die Lücken durch die umfassenderen Vorschriften des PatG oder des UWG zu ergänzen¹¹⁷. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Für den Bereich des MSchG bestehen diesbezüglich keine Probleme, da im Falle von markenrechtlichen Streitigkeiten regelmässig das UWG kumulativ anwendbar ist¹¹⁸. Aber auch die Ergänzung des MMG bietet keine Schwierigkeiten, nachdem festgestellt wurde, dass sowohl die Vorschrif-

115 Vgl. dazu oben § 11.

116 Vgl. Art. 79/80 PatG, Art. 10 und 12 Abs. 2 UWG, Art. 10 KG, Art. 53 Ziff. 4 URG.

117 Vgl. Troller, Immaterialgüterrecht, S. 1204; Martin-Achard, S. 58.

118 Vgl. Mitt. 1977, S. 179; Mitt. 1978, S. 49.

ten des PatG als auch diejenigen des UWG mit den früher erläuterten allgemeinen Regeln für den Erlass von Sicherungsmassnahmen übereinstimmen¹¹⁹.

c) Inhalt

Mangels ausdrücklicher Gesetzesvorschriften ist der Inhalt der Sicherungsmassnahmen gestützt auf das MMG und MSchG nach den allgemeinen Regeln zu bestimmen¹²⁰.

d) Der Anwendungsbereich für das kantonale Zivilprozessrecht

Bei Sicherungsmassnahmen gestützt auf das MSchG bilden die kumulativ anwendbaren Bestimmungen des UWG die Grundlage für die Anordnung einer Sicherheitsleistung sowie für die verschärfte Haftung des Klägers. Dagegen richtet sich die Haftung für Sicherungsmassnahmen gestützt auf das MMG mangels ausdrücklicher Vorschriften nach kantonalem Zivilprozessrecht¹²¹.

IV. Zur Frage des sogenannten materiellen Zwischenrechts

1. Begriff

Die Figur des materiellen Zwischenrechts wurde von *Leipold*¹²² aus der Einsicht heraus entwickelt, dass der Erlass von Sicherungsmassnahmen stets ein Dilemma erzeugt. Einerseits ist angesichts der jeweils drohenden Gefahr eine rasche Entscheidung notwendig, andererseits bleibt stets ungewiss, ob diese Entscheidung mit der später noch festzustellenden materiellen Rechtslage übereinstimmt. Diese grundlegende Problematik und der daraus entstehende Interessenkonflikt lassen sich "durch keine Regelungstechnik aus der Welt" schaffen¹²³. Leipolds Idee eines materiellen Zwischenrechts zielt denn auch nicht in diese Richtung. Vielmehr soll im materiellen Recht generell abstrakt und für den Richter verbindlich festgehalten werden, wie sich zwei Parteien bis zum Abschluss eines allfälligen Rechtsstreites zu verhalten haben. Die materielle Rechtsordnung würde somit nicht bloss die endgültige Ordnung der Rechtsverhältnisse beinhalten, sondern auch Zwischenregelungen für den Fall des Zweifels oder Streits über die materielle Rechtslage vorschreiben. Der

119 Vgl. oben S. 161 ff.

120 Vgl. oben § 13. Zu weit geht m.E. David, N. 5 zu Art. 31 MSchG, der die Anordnung jeder beliebigen Massnahme als möglich erachtet.

121 Vgl. oben S. 88 ff.

122 Vgl. zum folgenden Leipold, Grundlagen, S. 54 ff. sowie ders., Strukturfragen, S. 263 ff.

123 Leipold, Grundlagen, S. 54.

wesentliche Unterschied zu den bisher behandelten Sicherungsmassnahmen besteht darin, dass das materielle Zwischenrecht unmittelbar durchsetzbare subjektive Rechte und Pflichten zwischen zwei Streitparteien schafft, die der Richter ohne weitergehende Interessenabwägung durchzusetzen hat; die Interessenabwägung erfolgt in verbindlicher Weise durch den Gesetzgeber.

2. Kritische Würdigung

Es ist unbestreitbar, dass die Figur des materiellen Zwischenrechts eine klar voraussehbare und damit auch rasche Zwischenlösung eines Rechtsstreits ermöglicht. Dem stehen jedoch gewichtige Nachteile gegenüber. Dem Privatrechtsgesetzgeber obliegt nämlich die kaum lösbare Aufgabe, die Vielzahl möglicher Interessenlagen abstrakt zu erfassen. So hängt beispielsweise die Frage, ob einer Partei ein nicht leicht wiedergutmachbarer Nachteil entsteht, nicht zuletzt von den Umständen des konkreten Einzelfalles ab. Diese Kritik bedeutet jedoch nicht, dass materielles Zwischenrecht gänzlich undenkbar ist. Im Gegensatz zu *Leipold*, der im geltenden deutschen Recht kein echtes materielles Zwischenrecht finden konnte¹²⁴, enthält das geschriebene Bundesprivatrecht der Schweiz m.E. Vorschriften, die eindeutig als materielles Zwischenrecht zu qualifizieren sind. So bestimmt z.B. Art. 170 Abs. 2 ZGB, dass nach Einreichung einer Klage auf Scheidung oder Trennung jeder Ehegatte *für die Dauer des Rechtsstreites* zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes berechtigt ist. Damit hat der Gesetzgeber ein für allemal entschieden, dass die Interessenlage zwischen zwei Ehegatten nach Einreichung einer der beiden erwähnten Klagen die Auflösung des gemeinsamen Haushaltes rechtfertigt. Weshalb es zum Rechtsstreit kam und wie sich die Auflösung des Haushaltes auf die Lage der Beteiligten im Einzelfall auswirkt, ist nicht mehr zu prüfen; dem Richter verbleibt lediglich die Aufgabe, durch Erlass entsprechender Regelungsmassnahmen gestützt auf Art. 145 ZGB der veränderten Lage Rechnung zu tragen. Ein weiteres Beispiel materiellen Zwischenrechts findet sich sodann in Art. 24 des Bundesbeschlusses über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972. Dort wird bestimmt, dass während der Dauer eines Schlichtungsverfahrens der Mietvertrag unverändert weiter gilt, und eine Kündigung durch den Vermieter nichtig ist. Damit hat der Gesetzgeber zum voraus bestimmt, wie sich die Parteien während eines Streites um die Erhöhung von Mietzinsen zu verhalten haben. Der Zwischenregelung liegt zweifellos der Gedanke zugrunde, dass bis zum Abschluss des Rechtsstreites die Interessen des Mieters grundsätzlich immer über diejenigen des Vermieters zu stellen sind. Abgesehen davon, dass diese rechtspolitische Haltung nicht unanfechtbar ist, macht sie doch deutlich, dass der Gesetzgeber beim Erlass materiellen Zwischenrechtes jeweils für alle denkbaren Streitfälle stereotype Interessenlagen unterstellen muss, um zu einer ab-

124 *Leipold*, Grundlagen, S. 61.

strakten Lösung zu gelangen. Dass eine derart vereinfachende Betrachtungsweise nur in wenigen Fällen zu befriedigenden Lösungen führen kann, liegt auf der Hand. Vom materiellen Zwischenrecht als gesetzgeberischem Instrument sollte deshalb nur sehr zurückhaltender Gebrauch gemacht werden.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 1. November 1950 in Zürich geboren. Nach der Primarschule besuchte ich das Gymnasium in Zürich und Davos und schloss im Herbst 1970 mit der Maturitätsprüfung Typ A ab. Anschliessend immatrikulierte ich mich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Im Juli 1974 bestand ich die Lizenziatsprüfung. Nach verschiedenen Militärdiensten und einem Auslandsaufenthalt trat ich im Herbst 1975 bei einem Anwaltsbüro in Zürich eine Halbtagsstelle als Substitut an, die ich bis zum Sommer 1979 innehatte. Diese Tätigkeit wurde durch ein siebenmonatiges Praktikum am Bezirksgericht Hinwil unterbrochen. Am 20. August 1979 erwarb ich das zürcherische Anwaltspatent. Vom Herbst 1979 bis zum Frühling 1980 studierte ich an der University of Michigan Law School, wo ich mit dem Master of Laws (LL.M.) abschloss. Seit dem Herbst 1980 bin ich als Rechtsanwalt in Zürich tätig. Am 26. Mai 1982 wurde ich zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.

